Begriff und Wesen der Eigentümerhypothek

mit besonderer Behandlung der ohne dingliche Einigung eingetragenen Hypothek.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Heinz Hemer
Gerichtsassessor aus Berlin.

MARBURG 1929
Buchdruckerei von JOH. HAMEL

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. Mai 1928.

Berichterstatter: Prof. Dr. Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

DEM ANDENKEN
AN MEINEN VATER.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555610_0156

Schrifttum.

Achilles, Die Preußischen Gesetze über das Grundeigentum, 4. Aufl. 1894.

Achilles-Gebhardt-Spahn, Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. 1899.

Amelung, Neues Archiv der Preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit, Bd. II.

Amtliche Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Bahlmann, Das Preußische Grundbuchrecht, 1872.

Biermann, Kommentar zum BGB. 1914.

„ Das Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898.

„ im „Recht" 1905.

Bremer, Hypothek und Grundschuld unter Berücksichtigung des Preußischen Gesetzentwurfs. 1869.

Bruck, Die Eigentümerhypothek.

Buchka, Die Hypothek des Eigentümers, 1875.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III 1905.

Delbrück, Die Uebernahme fremder Hypotheken.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts 1897, 5. Aufl.

„ Sachenrecht, 4. Aufl. 1908.

Eccius, Preußisches Privatrecht.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1905.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht, 2. Aufl.

Entscheidungen des Königlichen Geheimen Obertribunals Bd. 5, 12. 77, 81.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Foerster, Preußisches Privatrecht 1887, 5. Aufl.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht 1896, 7. Aufl.

Fuchs, Grundbuchrecht, 1902.

„ Grundbuchordnung, 1908.

Gierke, Deutsches Privatrecht, 1905.

Goldschmidt, Noch einmal die Eigentümerhypothek, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 20.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Güthe, Die Reichsgrundbuchordnung, 4. Aufl. 1925.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge 1900.

von der Hagen, Die Eigentümerhypothek, 1836.
von Hellermann, Die Rechte des Eigentümers in JW., Jahrg. 1, 1852.
Herold, in Zentralblättern für Freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. 4.
Hirsch, in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 239.
Horn, Die Eigentümerhypothek.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Jacoby, Die Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs und ihre Einwirkung auf den Rechtszustand in Bayern.
Jacoby, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 71. S. 1906.
Juristische Wochenschrift 1840.
Justizministerialblätter 1839.
Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, in Festgabe für Koch, 1903.
Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 8. Aufl. 1886.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB., 1922.
Kretzschmar, Sachenrecht.
Krückmann, Archiv für Zivilistische Praxis, Bd. 103.
Maenner, Sachenrecht 1906.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 1909, 4. Aufl.
Planck, Kommentar zum BGB., 1920, 4. Aufl.
Predari, Grundbuchordnung 1903.
von Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des ALR., Bd. 2. 7. Aufl. 1885.
Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs.
Schollmeyer, Die Hypothek des Eigentümers nach dem Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872. 1874.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 47, 92.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Aufl. 1926.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1906.
Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des BGB. und der Reichsgrundbuchordnung 1904.
Wolff, Sachenrecht im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, von Enneccerus-Kipp-Wolff, 1926.
Zeitschrift des Deutschen Notar-Vereins.

Uebersicht.

	Seite
Einleitung	8
I. Geschichtlicher Ueberblick	10
§ 1. Die Eigentümerhypothek im ALR.	10
§ 2. Theorien über das Wesen der Eigentümerhypothek im preußischen Recht	15
§ 3. Die Gründe der Einführung der Eigentümerhypothek	23
§ 4. Die Eigentümerbelastungen im EEG. vom 5. Mai 1872	25
§ 5. Die Eigentümerbelastung im BGB.	29
II. Die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek	33
Theorien über die Eigentümerhypothek nach dem BGB.	33
§ 6. Die Eigentümerhypothek als unvollkommene Hypothek. (Hachenburg und Fuchs)	33
§ 7. Ansicht des Reichsgerichts und Kammergerichts	39
Die Eigentümerhypothek als hypothekengleiche Belastung	39
§ 8. Theorien von Wolff, Endemann und Gierke	40
§ 9. Theorien von Güthe, Oberneck und Bruck	44
III. Neue Begründung der rechtlichen Natur des sogen. Eigentümerpfandrechtes	51
§ 10. Verhältnis zwischen Pfandrecht und Eigentumsrecht	51
§ 11. Auseinandersetzung mit dem BGB. und den bisherigen Theorien	55
IV. Schlußbetrachtung	65
§ 12. Die Lösung der Streitfrage.	65

Einleitung.

Nach § 873 BGB. ist zur Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek die Einigung der Beteiligten darüber erforderlich, daß die Eintragung einer Hypothek im Grundbuche erfolgen soll. Diese dingliche Einigung der Beteiligten ist in der Regel mit der Einigung über das Schuldverhältnis verbunden, welches zwischen den Beteiligten begründet werden und zu dessen Sicherung die Hypothek dienen soll. Deshalb ist die Vermutung berechtigt, daß der Eigentümer, der die Eintragung einer Hypothek für einen andern bewilligt und dabei den wesentlichen Inhalt des Schuldverhältnisses verlautbart, mit dem zu Berechtigenden sowohl über die persönliche Forderung einig geworden ist, die der Hypothekenbestellung zugrunde liegt, wie auch darüber, daß die Eintragung im Grundbuche erfolgen soll. Mit Rücksicht auf diese naheliegende Vermutung bestimmt die Grundbuchordnung (§§ 13, 19), daß die Eintragung einer Hypothek im Grundbuche schon zu erfolgen hat, wenn der Eigentümer sie bewilligt und beantragt, und daß demnach der Grundbuchrichter keine Prüfungspflicht hat, ob die Eintragung auch von dem zu Berechtigenden gewollt ist. Auf diese Weise sind Fälle möglich, in denen der Eigentümer eines Grundstückes ohne vorherige Verständigung mit dem andern Teile (vielleicht in einer noch ganz unbestimmten Erwartung des Zustandekommens eines Schuldverhältnisses) eine Hypothek eintragen läßt, die mangels Einigung mit dem angeblichen Gläubiger zunächst bis zu dessen Zustimmung als nichtig anzusehen ist, weil das Haupterfordernis einer dinglichen Einigung fehlt. Andere Fälle der Nichtigkeit können dadurch entstehen, daß die dingliche Einigung

über die Eintragung der Hypothek aus irgend welchen Gründen, wie Handlungsunfähigkeit einer Partei, ungültig ist, und demnach eine rechtswirksame dingliche Einigung nicht vorliegt.

Für diese Fälle hat das BGB. keine Regelung darüber getroffen, was aus der trotz fehlender dinglicher Einigung eingetragenen Hypothek werden soll, die als solche wegen des Fehlens einer wesentlichen Voraussetzung nichtig ist und somit das Grundbuch unrichtig erscheinen läßt. Wohl dagegen ist eine Reihe von Fällen gesetzlich geregelt, in denen die Einigung der Parteien über das persönliche Schuldverhältnis nicht geeignet ist, eine Forderung zur Entstehung zu bringen, oder in denen die gesicherte Forderung wieder untergegangen ist. Obwohl beide Arten von Fällen streng auseinanderzuhalten sind, haben sie doch das Gemeinsame, daß im Grundbuche eine Hypothek eingetragen steht, welcher es an wesentlichen Voraussetzungen des Pfandrechtes gebricht, und die demnach so, wie sie eingetragen ist, keinen rechtlichen Bestand haben kann. Denn auch die ordnungsmäßig zustande gekommene Hypothek kann nach der Begriffsbestimmung in § 1113 BGB. als solche nicht mehr gelten, sobald das Begriffsmerkmal weggefallen ist, daß zur Befriedigung jemandes wegen einer ihm zustehenden Forderung eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist. Ist die Forderung nicht zustande gekommen oder erloschen, so besteht kein Pfandrecht an Grundstücke, d. h. keine Hypothek mehr.

Wenn gleichwohl das Gesetz in Fällen dieser Art, die in den §§ 1163ff. behandelt sind, weiterhin von der Hypothek spricht und diese auf den Eigentümer als „Eigentümerhypothek“ oder als „Eigentümergrundschuld“ übergehen läßt, so ist das eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, die, wie wir später sehen werden, große Verwirrung in der wissenschaftlichen Auffassung dieses Rechtsgebildes hervorgerufen und dazu geführt hat, daß man noch rat-

loser der vom Gesetz nicht entschiedenen Frage gegenüber stand, wie man einen nach § 873 BGB. mangels dinglicher Einigung von vornherein nichtigen Hypothekeneintrag behandeln sollte. In den vom Gesetz geregelten Fällen konnte man immerhin, wenn alle begrifflichen Konstruktionen versagten und zu Widersprüchen mit dem Rechtssystem des BGB. führten, zu der Ausflucht greifen, das Rechtsgebilde der Eigentümerhypothek, wie es *Förster* tut, als eine gesetzliche Anomalie zu behandeln. Alsdann konnte man aber die hier zu lösende, vom Gesetz nicht behandelte Frage nur mit der heiklen Erörterung zu beantworten suchen, ob Analogieschlüsse aus Anomalien, aus Sondervorschriften gerechtfertigt sind, und wieweit man dabei zu gehen das Recht hat.

Hieraus ersehen wir, wie wichtig die Frage ist, wie die vom Gesetz eingeführte Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld rechtlich zu beurteilen ist, weil davon die Möglichkeit abhängt, unsere Streitfrage zu klären und zu entscheiden. Wir können uns deshalb der Aufgabe nicht entziehen, zunächst die verschiedenen Meinungen zu besprechen, welche sich über die Natur der Eigentümerhypothek bezw. Grundschuld gebildet haben, soweit die vom Gesetz hierfür ausdrücklich vorgesehenen Fälle in Frage kommen. Vorher jedoch werden wir nicht umhin können, uns über die Entwicklung dieses Rechtsgebildes aus der Zeit vor dem BGB. einen kurzen Ueberblick zu verschaffen.

I. Geschichtlicher Ueberblick.

§ 1.

Die Eigentümerhypothek im ALR.

Das ALR. stellt im Teil I Titel 16 § 482 den Grundsatz auf, daß „auch Rechte auf die Sache erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigentum der berechtigten Sache oder der Berechtigte das Eigentum der verpflichteten Sache aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde überkommt". Nach

Veröffentlichung des ALR. wurde jedoch streitig, inwieweit dieser Grundsatz auch auf Hypothekenrechte Anwendung finde. In einem Prozeß war die Frage aufgetaucht, ob im Hypothekenbuche eingetragene Schuldforderungen für erloschen zu erachten seien, wenn sie durch Erbgang oder aus einem andern Rechtsgrunde an den Eigentümer des verpfändeten Grundstücks gelangten, oder ob letzterer trotz seiner Schuldnereigenschaft solche Ansprüche abtreten dürfe. Auf das Gutachten der Gesetzeskommission hierüber vom 10. 7. 1802, welches ein Königliches Reskript [1]) vom 11. August 1802 bestätigte, wurde daher bald der Anhang 52 geschaffen, welcher besagte, daß

> Hypothekenrechte nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentum des verpflichteten Grundstückes in einer Person aufgehoben werden, solange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen andern abtreten kann.

Durch diese Bestimmungen wurde erstmals in das Preußische Recht die Eigentümerhypothek eingeführt; sie blieb jedoch nach dem Wortlaut des Anhang 52 nur auf die Fälle beschränkt, in denen sich das Hypothekenrecht und das Eigentumsrecht am Grundstück in einer Person vereinigte, und gewährte dem Eigentümer des Grundstückes auch nur das Recht der Abtretung an einen andern. Offen gelassen wurde dagegen die Frage, ob der Eigentümer auch über eine von ihm bezahlte Hypothek weiter verfügen könne und in welcher Weise. Denn es war nicht möglich, nach dem Wortlaut des Anhang 52, der nur von der Vereinigung des Eigentums- und Hypothekenrechts in einer Person spricht, darunter auch Fälle zu bringen, in denen die Hypothekenforderung auf andere Weise erloschen war, wie z. B. durch Zahlung, Erlaß und der-

[1]) Amelung: Neues Archiv der Preußischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit, Bd. II, S. 457/73.

gleichen mehr. In diesen Fällen war die Forderung in dem Augenblick bereits erloschen, in welchem eine Verfügung des Eigentümers über die nicht gelöschte Post hätte in Frage kommen können, während bei der Vereinigung von Eigentums- und Hypothekenrecht in einer Person zunächst ein wirklicher Erwerb der Hypothek oder des Eigentums am Grundstücke Platz greifen mußte, bevor die Vereinigung eintreten und den Grund für das Erlöschen der Hypothek abgeben konnte. Hier lag also zunächst ein wirklicher Uebergang des Hypothekenrechtes auf den Eigentümer des Grundstückes vor, oder es war der neu eingetragene Eigentümer bereits vorher wirklicher Gläubiger gewesen, bevor die Vereinigung beider Rechte in einer Person Platz griff und damit der Grund für das Erlöschen der Hypothek gegeben war. In diesen Fällen handelte es sich also um ein wirkliches Gläubigerrecht des Grundstückseigentümers, welches bestanden hatte und erst mit dem Eigentumserwerb unterging, oder welches durch Erwerb der Hypothek neu entstand, um sofort kraft der hiermit zeitlich zusammenfallenden Vereinigung wieder unterzugehen. Diese Fälle ließen sich unmöglich, auch nicht durch Analogie, den andern Fällen gleichsetzen, in welchen die Hypothek auf sonstige Weise durch Zahlung, Erlaß und dergl. mehr erlosch, da hierbei von einer Gläubigerschaft des Eigentümers überhaupt niemals die Rede sein konnte. Wegen dieses Unterschiedes konnte man unmöglich den Anhang 52 auch auf solche Fälle anwendbar finden, in denen die Hypothek durch Zahlung oder sonstwie, außer durch Vereinigung, untergegangen war. Weil aber gleichwohl ein Teil der damaligen Gerichte auch in diesen Fällen dem Eigentümer das Recht zur anderweiten Verfügung über die erloschene Hypothek zuerkannte, während das Kammergericht sich dagegen ausgesprochen hatte, kam die Frage zur Begutachtung vor den Staatsrat, dessen Mitglieder gleichfalls geteilter Meinung waren. Indes gaben die praktischen Erwägungen den Ausschlag,

welche zu der Deklaration vom 3. 4. 1824 führten, wodurch der Anhang 52 dahin erläutert wurde:

> daß der Eigentümer eines Grundstückes, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlte und die Forderung im Hypothekenbuche nicht hatte löschen lassen, alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek genießen sollte, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Zession oder nur eine Quittung erteilt worden war, indem für diesen Fall die Quittung so ausgelegt werden sollte, als ob darin eine ausdrückliche Zession enthalten wäre.

Durch die Fiktion einer Zession im Falle der Quittungserteilung ist es dem Eigentümer erst für den häufigsten Löschungsgrund (Zahlung einer Hypothekenschuld) ermöglicht worden, die so freiwerdende Post als Eigentümerhypothek für sich zu erwerben.

In diesen vom Gesetz gegebenen Fällen der Schaffung einer Eigentümerhypothek handelte es sich immer um abgeleiteten Erwerb einer schon bestehenden Hypothek. Es gab noch keine Möglichkeit für den Eigentümer, durch Erklärung gegenüber dem Hypothekenrichter eine solche Eigentümerbelastung selbständig zu schaffen. Deshalb war es nach übereinstimmender Ansicht der damaligen Kommentatoren und der Rechtsprechung[1]) Voraussetzung für den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer gemäß Anhang 52 und Deklaration von 1824, daß das Hypothekenrecht gültig war, insbesondere auch, daß eine rechtsbeständige Forderung zugrunde lag, die vom Eigentümer gezahlt oder sonstwie getilgt sein mußte, worunter ebenfalls, wenn auch bestritten[2]), der Erlaß gezählt wurde. Nur eine getilgte, nicht aber eine wegen Mangels eines Schuldgrundes unwirksam gebliebene Hypothek konnte vom Eigentümer weiter abgetreten werden. Ergab sich

[1]) Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 47. S. 149, Nr. 34; v. Rönne, Ergänzungen u. Erläuterungen des ALR., 7. Ausg. S. 188 f. Bd. 2 S. 304; Koch, ALR, 8. Aufl. 1886 zum Anh. 52 Dernburg, Pr. Priv. R. 1897, 5. Aufl. S. 848.

[2]) Dafür u. a. Rönne, JW. 1840. S. 801; Dag.: KG.

aus den beigebrachten Urkunden, daß die der Hypothek zugrundeliegende persönliche Forderung nicht zur Existenz gelangt und aus diesem Grunde die Löschung der Hypothek bewilligt war, so konnte dem Umschreibungsantrag nicht stattgegeben werden. Es kam nur eine Löschung in Frage, da rechtlich nichts vorhanden war, was hätte weiter begeben werden können.

Die Praxis der Gerichte ist aber bald über die Entstehungsmöglichkeiten der Eigentümerhypothek, die im Anhang 52 und der Deklaration festgelegt waren, hinausgegangen und hat durch Weiterbildung der Hypothek des Eigentümers die Möglichkeit geschaffen, dem Eigentümer ohne vorangegangene Zession eine Belastung seines Grundstücks für sich selbst einzutragen. *V. d. Hagen*[1]) führt einen Fall an, in dem vom Hypothekenrichter für eine in Wirklichkeit noch nicht bestehende Schuld eine Hypothek, welcher demnach ein persönlicher Schuldgrund fehlte, eingetragen war. Zwar gab zu dieser Eintragung ein persönliches Schuldverhältnis die Veranlassung: dem Gläubiger sollte für ein noch zu begründendes Schuldverhältnis schon vorher die Sicherung geschaffen werden. Zur Zeit der Eintragung der Hypothek stand ihr aber noch keine Forderung zur Seite. *V. d. Hagen*[2]) rechtfertigt eine solche Eintragung damit, daß durch den Anhang 52 und die Deklaration der Fortbestand einer Hypothek anerkannt sei, auch ohne daß die Forderung noch weiter bestehe. Demgemäß müsse auch die Hypothekeneintragung zugelassen werden, die ein erst erwartetes Forderungsrecht sicherstellen soll. Demgemäß haben auch die Gerichte die Eintragung in solchen Fällen stets zugelassen, ohne zu prüfen, ob der Hypothek bereits eine bestehende Verbindlichkeit zugrunde liegt.

Diese gewohnheitsrechtliche Fortbildung der Hypothek, welche die Möglichkeit schaffte, sich über gewisse Stellen im Grundbuche die Verfügungsbefugnis vorzubehalten, ist

[1]) v. d. Hagen, Die Eigentümerhypothek, S. 188.
[2]) v. d. Hagen, Die Eigentümerhypothek, S. 194.

die Vorstufe zu den Bestimmungen über das originäre Entstehen einer Eigentümerhypothek gewesen, wie sie dann im Eigentumserwerbsgesetz von 1872 § 27 und später im BGB. § 1196 als Eigentümergrundschuld auch gesetzlich festgelegt wurden. Das Bestreben, dem Eigentümer eine Hypothekenstelle zur freien Verfügung zu verschaffen, ist bereits in anderen Partikularrechten zum Ausdruck gekommen und hat der Neuregelung der Eigentümerbelastung durch das EEG. von 1872 zum Vorbild gedient. So ist das Rechtsinstitut der Eintragung auf den eigenen Namen zuerst in der revidierten Hypothekenordnung für Landgüter vom 18. Oktober 1848 für Mecklenburg gesetzlich anerkannt, deren § 16 Abs. 4 besagte, daß der derzeitige Eigentümer für sich selbst und auf seinen Namen Hypotheken eintragen lassen kann, und daß bereits eingetragene Forderungen auf ihn zediert und umgeschrieben werden können. Aehnliche Vorschriften fanden sich in der Neupommerschen Hypothekenordnung (§ 81) und im Lübischen Gesetz von 1868 (§ 3). In allen diesen Hypothekenordnungen war diese Bestimmung aus praktischen Gründen mit Rücksicht auf die Erleichterung und Sicherung des Hypothekenverkehrs geschaffen worden.

§ 2.

Theorien über das Wesen der Eigentümerhypothek im Preußischen Recht.

In dem Anhang 52 und der dazugehörigen Deklaration war ein ganz neues eigenartiges Rechtsgebilde entstanden, welches der damals allgemein herrschenden Ansicht über die akzessorische Natur der Hypothek widersprach. Widersprechen mußte es ferner auch dem in der älteren Theorie vertretenen Grundsatze, daß dem Eigentümer an seiner Sache kein besonderes dingliches Recht zustehen könne. Die Versuche, eine wissenschaftliche Erklärung der Eigentümerhypothek zu geben, gehen daher davon aus, daß es ein mit dem Recht des ALR. innerlich nicht zusammen-

hängendes Rechtsgebilde sei und sind daher auf einen Vergleich mit etwa gleich gelagerten Vorschriften des ALR. nicht eingegangen. Nur *v. d. Hagen* (a. a. O. S. 12), dessen Abhandlung über die Eigentümerhypothek die umfangreichste und eingehendste der ersten Bearbeitungen dieses Stoffes ist, hat den Nachweis darüber zu erbringen versucht, daß die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen schon eine ähnliche Fiktion der Erhaltung des alten Pfandrechtes zum Zweck der Uebertragung auf einen späteren Gläubiger enthielten.

Die §§ 449—471 ALR. I Tit. 16 besagen, daß durch gültige Novation die besonderen Vorrechte, welche der aufgehobenen Verbindlichkeit vermöge der Gesetze zukommen, sowie Nebenabreden erlöschen, insofern dieselben nicht ausdrücklich vorbehalten werden. Gleiches hat von dem bestellten, nicht übernommenen Pfandrechte zu gelten. Daraus ist der Schluß gegeben, daß die Parteien trotz des Unterganges der alten Forderung das bisherige Pfandrecht aufrechterhalten können, um es auf die neue zu übertragen. Im Grunde genommen handelte es sich wohl um eine neue Festsetzung der alten Nebenabreden für die neue Verbindlichkeit; aber aus praktischen Gesichtspunkten ist der Ausdruck „übernommen" gebraucht worden. Dadurch erscheint ein in Wirklichkeit neues Pfandrecht, das an die Stelle eines früheren, aufgehobenen Pfandrechts tritt, nach dem Ausdruck des Gesetzes als das ehemalige. Zweifellos eine Fiktion, die der in der Deklaration bezüglich der Zession sehr nahe kommt und zu einem Vergleich treffend angeführt werden konnte.

Anlaß zur Aufstellung der vielfältigsten Theorien hat aber die Frage gegeben, wie bei der im ALR. anerkannten Abhängigkeit des Pfandrechtes von dem persönlichen Schuldverhältnisse die Fortdauer dieses zu denken sei, obwohl die Forderung durch Befriedigung des Gläubigers getilgt oder mit der Schuld in der Person des Schuldners vereinigt ist. Es haben sich vornehmlich drei Theorien ge-

bildet, welche die Lösung des Problems der Stellung dieses anormalen Instituts der Eigentümerhypothek zu dem geltenden Rechtssystem sich zur Aufgabe gemacht haben. Es sind das die Theorien von *v. d. Hagen*[1]), von *Koch* und die Ansicht des Obertribunals, die im Plenarbeschluß vom 27. Mai 1839 niedergelegt ist[2]).

A. Nach *v. d. Hagen* ist eigentlicher Gegenstand der Hypothek nicht das Grundstück selbst, sondern der Wert desselben und zwar, wie er sich aus dem Kaufpreis ergibt. Dieser Wert des Grundstückes, oder, was dasselbe ist, die Sache ihrem Werte nach, ist nun so verpfändet, daß der vorstehende Gläubiger soviel von dem Grundstückswerte für sich in Anspruch nehmen kann, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Dem nachstehenden Gläubiger haftet nur der Ueberrest, ein von dem ersten Pfandobjekt ganz verschiedenes Objekt[3]), welches vor der Realisierung des Grundstückswertes noch nicht in einer bestimmten Geldsumme dargestellt und fixiert ist und daher als solches noch nicht wahrgenommen werden kann, welches aber, sobald die Realisierung des Wertes der Sache erfolgt ist, sich sofort von selbst von dem zur Sicherheit und zur Befriedigung des früheren Gläubigers dienenden Werte absondert. Der Gläubiger späteren Ranges ersieht das aus dem Hypothekenbuche. Der Eigentümer, der ihm eine Stelle hinter den bereits ingrossierten Posten anbietet, und der Gläubiger, der sie annimmt, erklären sich damit gegenseitig, daß nur dieses Objekt der Gegenstand des abgeschlossenen Geschäftes und somit des dinglichen Rechtes sei, welches der Gläubiger erwirbt. Der durch die frühere

[1]) Diese Wertparzellentheorie ist eine andere als die unter dem Recht des BGB. entstandene, von Oberneck aufgestellte, die er, um Verwechselungen zu begegnen, jetzt Wertteiltheorie nennt. Vgl. weiter unten Theorien der Eigentümerhypothek nach dem BGB.

[2]) Entscheidungen des Kgl. Geh. OT. Bd. 5, S. 56 ff.

[3]) v. d. Hagen, S. 30. Achilles, Die Preuß. Gesetze über das Grundeigentum, § 63, Anm. S. 302. Ebenso ein Teil der Mitglieder der Gesetzeskommission. Vgl. IMBl. 1839, S. 173.

Hypothek bereits vorweg genommene Wert ist für ihn rechtlich garnicht vorhanden. Scheidet ein früherer Gläubiger aus, so fällt der diesem verpfändete Wertteil an den Eigentümer. Ist das Ausscheiden infolge Zahlung durch den Eigentümer erfolgt, so erlischt Forderung und Hypothek, aber nicht zugunsten des später eingetragenen Gläubigers. Vielmehr kann das nur dem Grundeigentümer zugute kommen, der den verpfändet gewesenen Wertteil freimacht, da die nachstehenden Gläubiger kein Recht darauf haben, ihre Lage zu verbessern. Der Eigentümer erlangt das Recht, über den Wert frei zu verfügen und dafür eine neue Hypothek aufzunehmen. Er verfügt also nicht über die alte Hypothek, sondern über den freigewordenen Wertteil. Daß dies nur in Form der Zession geschehen kann, beruht auf positiver Vorschrift, ändert aber das Wesen des Verhältnisses nicht. Diese Fiktion einer Zession wird durch die formellen Hypothekenvorschriften erforderlich. Das Objekt jedes Pfandrechts wird erkennbar durch den Betrag der Post und seine Stellung in der Reihe der Belastungen. Diese Erkennbarkeit geht jedoch verloren, wenn die Reihenfolge der Eintragungen geändert wird, wenn eine Belastung z. B. gelöscht wird. Nur zu dem Zwecke, dem Eigentümer das Objekt seiner Verfügung zu erhalten, ist er der Form nach in die Reihe der Hypothekengläubiger eingetreten und deshalb, weil die alte Hypothek ungelöscht im Hypothekenbuche bestehen geblieben ist, muß es auch dem Eigentümer gestattet sein, in Form einer Zession über sie zu verfügen.

Nach *v. d. Hagen* gewinnt der Eigentümer in der Eigentümerhypothek nicht ein besonderes Recht an eigener Sache, vielmehr freigewordenes Eigentum wieder. Verkauft er das Grundstück, so muß auch die Eigentümerhypothek auf den neuen Eigentümer übergehen, da sie nur formell Hypothek, materiell aber Eigentum ist.

Dieser Theorie ist schon damals entgegenzuhalten gewesen, daß eine solche Wertteilung, wie sie *v. d. Hagen*

vornimmt, nicht im Einklang mit dem allgemein anerkannten Satze steht, daß der Hypothek die ganze Sache im vollen Umfange[1]) haftet, man also nicht den einzelnen Fremdhypotheken nur Wertteile als Haftungsobjekt zuteilen kann, um die Eigentümerhypothek in das Hypothekenbuchsystem einzuordnen und eine Erklärung für sie zu finden. Der Gedanke, die Eigentümerhypothek sei nichts als Eigentum, ist auch nicht unwidersprochen hingenommen worden. Die Kommission, die das Gutachten vom 10. 7. 1802 abfasste, erklärte sich ausdrücklich dagegen; ob mit Recht ist anderweit erörtert.

B. Als zweiten Versuch, das Wesen der Eigentümerhypothek zu erklären, haben wir die Theorie von *Koch*[2]). Nach ihm geht die persönliche Forderung durch die Vereinigung, unter, und es bleibt fortan nur das durch die hypothekenrechtliche Form aufrechterhaltene dingliche Forderungsrecht bestehen. Dieses nur kann wieder in Verkehr gebracht werden, wobei die frühere persönliche Schuld und die hinzugetretene, (das Hypothekenrecht) als Korrealverbindlichkeit zu denken sind. Diese Auffassung — führt *Koch* aus — habe zwei Gründe für sich, der eine sei die Natur der persönlichen Schuldverbindlichkeiten, die notwendig untergehen müssen und, einmal wirklich erloschen, nicht wieder aufleben können. Ein anderer Grund sei der Wortlaut des im Anhang 52 gegebenen Gesetzes: „Das Hypothekenrecht soll nicht durch bloße Vereinigung aufgehoben werden, ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht soll der Besitzer einem andern abzutreten befugt sein". Den Einwand, eine Hypothek könne ohne persönliches Schuldverhältnis nicht bestehen, weist er mit der Begründung zurück, daß es an sich wohl richtig sein möge, jedoch gegen eine Anomalie, als welche die Eigentümerhypothek sich darstelle, nichts beweise.

[1]) IMBl. 1839; Gutachten des Ob. Tr. S. 173; Schollmeyer: Die Hypothek des Eigentümers, 1874, S. 9 a. A.

[2]) Koch: ALR. mit Kommentar, Berlin 1886, Anh. 52 zu § 484, I, 16 ALR.

Diese Ansicht, so entgegnet *Förster*[1]), steht und fällt mit der Annahme eines dinglichen Forderungsrechts, das sich wenigstens in die älteren landrechtlichen Bestimmungen nicht hineintragen lasse. Ebensowenig läßt sich die im Anschluß hieran nur nebenbei zu erwähnende Ansicht *Delbrücks*[2]) mit dem System des Landsrecht in Einklang bringen. Dieser trennt die Obligation (Schuldverhältnis zwischen zwei Personen) und die Schuld. „Erstere gehe unter durch Konfusion, die Schuld aber, sofern sie Sache ist, kann bestehen bleiben". Das sind bloß Worte, wie *Koch* richtig bemerkt, welche auch dadurch nicht zu Gründen werden, daß die Analogie des Wechselrechtes herangezogen wird. Der Rechtsvorgang beim Wechsel, welcher durch Girierung an den Schuldner (Akzeptanten) oder einen Regreßschuldner gelangt und von diesen trotz der scheinbaren Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person weiter giriert werden kann, ist ein ganz anderer. Der Anspruch aus dem girierten Wechsel deckt sich inhaltlich keineswegs mit dem Anspruch des Giranten gegen seine Vormänner und gegen den Akzeptanten. Erwirbt der Akzeptant den auf ihn girierten Wechsel, so erwirbt er nicht nur den Hauptwechselanspruch gegen sich selbst, der für sich allein durch Vereinigung untergehen würde, sondern er erwirbt auch Rechte gegen alle Vormänner der Girokette, wobei von Konfusion nicht die Rede sein kann. Dieser Rechtsvorgang kann also nicht zur Unterstützung der Ansicht herangezogen werden, daß das Schuldverhältnis zwischen zwei oder mehreren Personen sich durch Konfusion zwar erledige, wohl aber die Forderung oder die Schuld einseitig fortbestehen könne.

C. Zum Schluß ist noch die Ansicht des Obertribunals zu erwähnen, die sich in der Plenarentscheidung vom 27. Mai 1839 Bd. 5 S. 51 niedergelegt findet und in stän-

[1]) Förster: Pr. Priv. R. 5. Aufl. 1887, Bd. 3, S. 567.

[2]) Berthold Delbrück: Die Uebernahme fremder Hypotheken, S. 63 ff.

diger Rechtsprechung des Obertribunals beibehalten worden ist [1]). Die Plenarentscheidung wurde dadurch herbeigeführt, daß der 2. und 3. Senat verschiedener Ansicht darüber waren, wie das rechtliche Verhältnis aufgefaßt werden müßte, in das der Eigentümer eines Grundstückes durch Zahlung einer darauf eingetragenen Hypothekenforderung eintritt.

Der 2. Senat ging davon aus, daß die dem Eigentümer des Grundstückes beigelegte Befugnis, über eine von ihm bezahlte Hypothek zu verfügen, ein Ausfluß des besonderen Eigentums sei, welches der Eigentümer des Grundstücks an der von ihm bezahlten Hypothek erwirbt.

Der 3. Senat machte geltend, daß das Recht des Grundstückseigentümers, die irgendwie freigewordene Hypothekenstelle anderweit zu verpfänden, in seinem Eigentum an dem Grundstück bestehe. Demgemäß schließt der 3. Senat, ebenso wie *v. d. Hagen,* daß dem Eigentümer ein Verfügungsrecht über diese Hypothek auch nicht über die Dauer seines Eigentums an Grundstücke zustehe. Der 3. Senat setzt hiernach voraus, daß dem Eigentümer nicht die von ihm gezahlte Forderung zufällt, sondern nur die Hypothekenstelle, „eine Forderung an das Grundstück" ohne Rücksicht darauf, ob für ihn durch die geleistete Zahlung noch eine persönliche Forderung entstehen könne oder nicht.

Diese Ansicht ist in der Plenarentscheidung nicht gebilligt worden. Schon der Anlaß, aus dem das Gutachten der Gesetzeskommission vom 10. Juli 1802 erlassen worden ist, lasse erkennen, daß nicht allein die Hypothekenstelle der Verfügungsbefugnis des Eigentümers unterstehe, sondern die hypothekarisch versicherte Forderung Gegenstand der Verfügung sei. Das Gutachten solle die Frage entscheiden, ob Schuldforderungen, welche im Hypothekenbuch eingetragen

[1]) Ob Trib. E. Bd. 12. S. 59, insbes. 62; Bd. 77, S. 164; Bd. 81. S. 30 ff.; Striethorst, Arch. 92, S. 1.

sind, durch Konfusion erlöschen. Es war somit vorausgesetzt, daß die eingetragene Forderung selbst durch irgend einen Rechtstitel auf den Eigentümer des Grundstücks übergegangen sei. Wenn also der Anhang 52 ALR. von der Abtretung eines ungelöschten Hypothekenrechts spreche, so könne damit nicht die bloße Hypothekenstelle gemeint sein. Vielmehr sei es die hypothekarisch gesicherte Forderung, welche, wenngleich eigentümlich auf den Besitzer des verpfändeten Grundstücks übergegangen, nichtsdestoweniger in Kraft erhalten bleibe.

Auch die Annahme, das Verfügungsrecht des Grundeigentümers entspringe dem Eigentum am Grundstück, wird von dem Plenum verworfen mit dem Hinweis auf das Gutachten, welches bezüglich der Berechtigung des Eigentümers den nachstehenden Gläubigern gegenüber besagt, daß aus seiner Eigenschaft als Eigentümer des Grundstücks allein die Befugnis nicht fließe, weil er als solcher nur berechtigt sei, über den nach Abrechnung der bereits eingetragenen hypothekarischen Schulden übrig bleibenden Teil des Grundstückes oder seines Wertes durch Verpfändung zu verfügen. Vielmehr bedürfe er dazu mit Rücksicht auf die übrigen Hypotheken eines besonderen Titels. Diesen besitze er als creditor hypothecarius cum iure praelationis. Sein bloß in Beziehung auf seine Person unwirksam gewordenes Gläubigerrecht soll ihm nur den Titel dazu gewähren, um gegen nachstehende Hypothekengläubiger die Verfügung über die Hypothekenstelle behaupten zu können. Dieses Gläubigerrecht sei aber nichts anderes als die Hypothekenforderung.

Soweit das Obertribunal. Damit ist aber, wie *Achilles* schon sagt [1]), durchaus keine Erklärung dieses neuen anormalen Rechtsinstituts gegeben worden. Während *v. d. Hagen* die Eigentümerhypothek als freigewordenen Eigentumswertteil, *Koch* sie als Realforderung an eigener Sache ohne zugrunde liegendes Schuldverhältnis kennzeichnet, beschränkt

[1]) Achilles, Grundeigentum, 4. Aufl. zu § 63.

sich das Obertribunal darauf festzustellen, daß nicht nur die Hypothek, sondern auch die Schuldforderung auf den Eigentümer übergehe, die während der Vereinigung mit dem Eigentum ruhe. Es gibt aber keine Erklärung dafür, was die Eigentümerhypothek in ihrer rechtlichen Konstruktion ist.

Der Fehler, daß keine allgemein anerkannte Erklärung sich finden ließ, liegt aber, so führt schon *Förster* (a. a. O. S. 568) aus, nicht in der Theorie, sondern im Gesetz selber. Er besteht eben darin, daß man den Eigentümer, an den eine Hypothek zurückgefallen war, als wirklichen Gläubiger der Forderung und der Hypothek auffaßte, ihn gewissermaßen in diese Gläubigerrolle hineinzwängte. Dadurch sei das ganze Institut eine Anomalie geworden, ein positiver Satz, für den man allenfalls Zweckmäßigkeitsgründe anführen könne. Dieses mag wohl für den Anhang 52 ALR. zutreffend gewesen sein, läßt sich aber schon nicht mehr für das Eigentumserwerbsgesetz sagen, welches, wie wir sehen werden, es vermeidet, den Eigentümer als Gläubiger oder Zessionar zu bezeichnen. Trotzdem sind die Schwierigkeiten der Konstruktion der Eigentümerhypothek auch dort nicht gehoben worden.

§ 3.

Die Gründe der Einführung der Eigentümerhypothek.

Ehe wir uns dem Eigentumserwerbsgesetz von 1872 zuwenden, wollen wir kurz noch die Gründe streifen, die zur Einführung der Eigentümerhypothek in das Allgemeine Landrecht geführt haben. Es sind das einzig und allein praktische Erwägungen gewesen, wie namentlich die, den Bodenkredit beweglicher zu gestalten.

Zugunsten des Eigentümers sollte das Heraufdrücken der nachstehenden Kreditoren in die Stelle des auf irgend eine Weise ausgeschiedenen, früher eingetragenen Gläubigers verhindert werden, damit bei der damals schlechten Kreditlage, namentlich der Gutseigentümer diesen die Möglich-

keit offengehalten würde, durch Verpfändung beststelliger Hypotheken sich den erforderlichen Kredit leichter beschaffen zu können. Das Gesetz schützt dabei den Eigentümer als solchen ohne Rücksicht darauf, wie die Vereinigung der Gläubiger- und Eigentumsrechte bewirkt ist, ob dadurch, daß ein Gläubiger Eigentümer wird, oder ob umgekehrt die Vereinigung eingetreten ist. Dieser praktische Zweck, das Aufrücken der nacheingetragenen Gläubiger auszuschließen, war ein besonders wichtiger, weil das preußische Recht ein Privilegium unter den Hypothekengläubigern nicht kannte und die Hypotheken nach der Ordnung der Eintragungen aufeinander folgen ließ. Diese bestimmt daher nicht nur das Vorzugsrecht und die Güte der Hypothek, sondern sie setzt auch jeden Käufer in den Stand, die ihm durch die Hypothek gewährte Sicherheit vollkommen richtig abzuschätzen. Es erschien deshalb unbillig, daß ein später eingetragener Gläubiger, der die ihm gewährte Sicherheit angenommen hatte, durch den Fortfall eines, vom Eigentümer abgefundenen älteren Gläubigers eine Verbesserung seiner Sicherheit erlangen sollte, da ihm doch an und für sich kein Recht zustand, von dem Eigentümer zu verlangen, den bevorzugten Gläubiger auszuzahlen und aus der Reihe der Belastungen zu tilgen. Sollte dem nacheingetragenen Gläubiger das zufällige Ereignis oder die Handlung des Eigentümers, wodurch dieses herbeigeführt wurde, zugute kommen, so könnte hierin auch dann eine Härte gegen den Eigentümer gefunden werden, wenn dieser zugleich sein persönlicher Schuldner war. Dieser, der im Augenblick die Mittel besaß, den bevorzugten Gläubiger zu befriedigen, konnte vielleicht später einen neuen Kredit benötigen und dann einen neuen Gläubiger nicht finden, der sich die letzte Stelle gefallen ließe, welche er nach dem Aufrücken der andern Gläubiger nun einnehmen müßte [1]). Eine gleiche Begründung findet sich in

[1]) v. d. Hagen, S. 21; Dernburg; Pr. Priv. R. 5. Aufl, S. 848; Hellermann, 1852, Die Rechte des Eigentümers, in JW. Jahrg. 1, S. 87; Bahlmann, Das pr. Grundbuch von 1872, Anm. 30, zu § 28.

dem Gutachten des Staatsrats vom 22. 1. 1824, welches der Deklaration vom 3. 4. 1824 zugrunde lag. Einzig diese Notwendigkeit, dem Eigentümer die „Rangstelle" offenzuhalten, hat dazu geführt, die Deklaration zustande kommen zu lassen, nachdem die Meinungen vorher zur Hälfte für, zur Hälfte gegen die Deklaration gewesen waren. Ein anderer Grund, die Eigentümerhypothek zu schaffen, hat nicht bestanden und bestand auch nicht bei Einführung des Eigentumserwerbsgesetzes und später beim Inkrafttreten des BGB. [1]) Allein im Interesse des Grundeigentümers ist diese Grundbelastung geschaffen worden. Ihm sollte ein Schutz gegen offenbare Unbilligkeiten gewährt werden. Bei der Art, wie wir zu einer rechtlichen Beurteilung der Eigentümerhypothek überhaupt und damit zu einer Lösung unserer Streitfrage gelangen werden, kommt zwar der Zweck nicht in Betracht, der den Gesetzgeber bei Schaffung der Eigentümerhypothek und bei der Beibehaltung und Erweiterung dieses Rechtsgebildes im BGB. geleitet hat. Gleichwohl bleibt die Feststellung von Interesse, daß der bestimmende Zweck der gesetzgeberischen Maßnahmen der Schutz des Eigentümers vor Unbilligkeiten gewesen ist, deren Hervortreten erst notwendig war, um dem Eigentümer das zu gewähren, was ihm nach unserer Auffassung der damaligen und heutigen Rechtslage ohnehin zustand und zusteht.

§ 4.

Die Eigentümerbelastungen im EEG.

Abgelöst wurden die Bestimmungen des Anhang 52 und der Deklaration vom 3. April 1824 durch die §§ 63—66 des Gesetzes über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872. Diese Paragraphen sollen nach den Motiven „die Rechte des Eigentümers an der ungelöscht gebliebenen Hypothek, wie sie im

[1]) Vgl. Mugdan, Die ges. Materialien zum BGB. S. 841.

preußischen Recht durch Anhang 52 zu § 84 I 16 ALR und durch die Deklaration vom 5. April 24 bereits eingeführt sind, systematisch codifizieren.“ Es ist dabei vermieden worden, eine bestimmte theoretische Auffassung auszusprechen. Die Vorschriften lauteten:

§ 63. Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigentümer bezahlt oder auf andere Weise befriedigt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigentümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen, oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten.

§ 64. Der eingetragene Eigentümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Posten auf seinen Namen umschreiben zu lassen, oder über sie zu verfügen.

§ 65. Ein gleiches Recht hat der eingetragene Eigentümer, welcher die Hypothek oder Grundschuld von Todes wegen erworben hat, auf Grund des Testaments, des Erbvertrags oder der Erbbescheinigung.

Hat derselbe die Post als Vermächtnisnehmer erworben, so bedarf es zur Umschreibung der Einwilligung des Erben oder seiner rechtskräftigen Verurteilung zu derselben.

§ 66. Erwirbt der Gläubiger das verpfändete Grundstück, so kann er die Hypothek oder Grundschuld auf seinen Namen stehen lassen oder über sie verfügen.

Diese Paragraphen stimmen mit dem überein, was bereits Anhang 52 und die Deklaration enthalten haben. Neu ist darin nur, daß der befriedigte Gläubiger dem Eigentümer auch verpflichtet ist, die Hypothek an ihn oder einen Dritten abzutreten. Im übrigen ist aber die Lösung der durch Anhang 52 und die Deklaration entstandenen Streitfragen im Wege der Gesetzgebung kaum gefördert worden. Für die Eigentümerhypothek, die nach Befriedigung des Gläubigers dem Eigentümer zusteht, ist die Sachlage dieselbe geblieben. Allerdings wollte der Re-

gierungsentwurf zu diesem Gesetze die akzessorische Natur der Hypothek beseitigen. Er gestattete dem Eigentümer, Hypotheken auf seinen Namen eintragen zu lassen, bestimmte, daß der Eigentümer nur mit dem Grundstück für die Hypotheken hafte, erlaubte Abtretung der Hypothek ohne den persönlichen Anspruch (§§ 24, 33, 48 des Entwurfs), und die Regierungsmotive sprachen die Absicht der Loslösung der Hypothek vom persönlichen Schuldverhältnis ausdrücklich aus. Diese Absicht ist jedoch am Widerstand des Herrenhauses gescheitert [1]).

Aber eine andere, in der Gerichtspraxis bereits geschaffene Möglichkeit, eine Eigentümerbelastung durch Antrag des Eigentümers entstehen zu lassen, hat ihre gesetzliche Sanktionierung in dem Rechtsgebilde der Grundschuld gefunden. Es war dies eine Grundstücksbelastung, zu deren Eintragung es der Angabe eines Schuldgrundes, wie bei der Hypothek, nicht bedurfte (§ 19 Nr. 1 Abs. 2 EEG.). Nunmehr mußte es dem Eigentümer auch gestattet sein, derartige Belastungen für sich auf seinen Namen im Grundbuche eintragen zu lassen (§ 27 EEG.). Zwar bestand schon früher für den Eigentümer die Möglichkeit, sich eine Rangstelle für spätere Dispositionen dadurch zu sichern, daß er die früher eingetragenen Hypotheken mit dem Vorbehalt der Priorität für eine später einzutragende Hypothekensumme versah. Eine solche Eintragung war aber immer von der Zustimmung des älteren Gläubigers abhängig. Versagte dieser seine Einwilligung, so fehlte dem Eigentümer die Möglichkeit, später eine Hypothek mit Vorrang zu vergeben. Diesem Bedürfnis Rechnung tragend hat das EEG. den Anhang 52 und die Deklaration entsprechend ergänzt.

Im Hinblick auf dieses neu enstandene Rechtsinstitut der Grundschuld wurde in der Kommission des Herrenhauses bei der Beratung zwar schon bemerkt, daß dem Eigentümer eines Grundstücks eigentlich nur gestattet sein

[1]) RG. Bd. 3, S. 268.

dürfte, an Stelle der getilgten Hypothek einen oder mehrere Grundschuldbriefe auszugeben. Man fand es inkonsequent und jedenfalls der gemeinrechtlichen Auffassung von der akzessorischen Natur der Hypothek widersprechend, wenn man den Eigentümer berechtigen wollte, eine getilgte Post als Hypothek abzutreten. Ein dahingehender Antrag wurde aber auf die Entgegnung hin nicht gestellt, daß dies eine für die bisherigen Hypotheken nicht zulässige Aenderung des bestehenden Rechtes sein würde.

Nach EEG. § 29 ist es dem Eigentümer nur gestattet, im Einverständnis mit dem Gläubiger zu beantragen, eine Hypothek in eine Grundschuld zu verwandeln, wenn die in der 2. und 3. Abteilung gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten einwilligen; eine Umwandlungspflicht oder eine Umwandlung ipso iure bestand aber nicht. Trotzdem ist in der Theorie die Meinung herrschend geworden, daß eine Umwandlung Platz greift. Es sei daher anzunehmen, daß der persönliche Anspruch immer erlischt, wenn der Hypothekengläubiger befriedigt wird, oder die Rechte desselben mit den Pflichten des ihm persönlich verhafteten Eigentümers des belasteten Grundstücks in einer Person zusammentreffen. Nur das Realrecht bleibt bestehen. Die Hypothek des Eigentümers behält also nur formell die Eigenschaft der Hypothek, materiell ist sie mit der Grundschuld identisch [1]). Wenn damit auch das Bedenken fortfällt, daß das Erlöschen der Forderung auch den Untergang des die Forderung sichernden Hypothekenrechts nach sich ziehen müßte, wenn man ferner annimmt, daß die Hypothek des Eigentümers mit der Eigentümergrundschuld identisch sei, so würden doch in der Konstruktion der letzeren ähnliche Schwierigkeiten auftauchen, da der Eigentümer kein besonderes, von dem Eigentum geschiedenes

[1]) Achilles, Grundeigentum. 4. Aufl. 1894, Anm. 3 Abs. 4 zu § 63, S. 271; ebenso Förster-Eccius, 7. Aufl. 1896; Pr. Priv. R. Bd. 3 S. 618; Dernburg, Lehrb. d. Pr. Priv. R. Bd. 1, 5. Aufl. 1894, Anm. 11 zu § 337, S. 850; Buchka, Die Hypothek des Eigentümers, S. 115 u. a.

dingliches Recht nach den Grundsätzen der älteren Theorien an der eigenen Sache haben kann. *Schollmeyer*[1]) kommt daher auch bei der Eigentümergrundschuld zu dem Schluß „daß diese materiell nichts anderes ist als die Freiheit des Eigentumes von der Verpfändung, der Vorbehalt eines Wertteiles für den Eigentümer gegenüber den nachstehenden Gläubigern, ein Vorbehalt, den er entweder von vornherein ins Grundbuch eintragen lassen kann oder der später entsteht, indem er eine bezahlte Grundschuld nicht löschen läßt". Es entsteht hier nicht nur ein formales Recht, wie *Förster* die Eigentümerhypothek erklärt, sondern ein Recht von materieller Bedeutung, nämlich das Eigentumsrecht selbst, in bestimmter Art der Ausübung gedacht. „Die sogen. Hypothek und auch die Grundschuld des Eigentümers als Kinder desselben Rechtsgedankens sind sein durch ein Pfandrecht beschränktes Eigentum" [2]).

§ 5.
Die Eigentümerbelastung im BGB.

Betrachten wir nun das Eigentümergrundpfandrecht nach dem BGB., so sehen wir uns zunächst der Aufgabe enthoben, erklären zu müssen, wie das Fortbestehen einer Hypothek ohne Forderung möglich ist. In den Kommissionsberichten zum Entwurf des BGB. wird als Standpunkt der Mehrheit ausgeführt, die Entwicklung des deutschen Hypothekenrechtes habe dazu geführt, daß in einer Reihe von Fällen der akzessorische Charakter der Hypothek geschwunden sei; es sei als Regel aufzustellen, daß die Hypothek nicht mit der Forderung, für die sie bestellt ist, erlöschen solle, sondern dem Eigentümer erhalten werde. Diesem Gedanken folgend ist auch die Zahl der Fälle, in denen eine Eigentümerbelastung entsteht, gegenüber den preußischen Gesetzen erweitert worden, wobei auch nicht

[1]) Schollmeyer, Die Eigentümerhypothek nach dem EEG. S. 49.

[2]) Bremer, Hypothek und Grundschuld unter Berücksichtigung des Preußischen Gesetzentwurfs 1869, S. 52 u. 63.

außer Acht gelassen wurde, daß die Vorschriften über die Eigentümerbelastung auch dem praktischen Bedürfnis und der Auffassung des Verkehrs entsprächen [1]). Ihre Aufnahme im Gesetz haben sie allerdings nicht in einem besonderen Titel erfahren; es findet sich vielmehr zerstreut unter den Vorschriften über die Hypothek und Grundschuld eine Reihe einzelner Fälle, die gemeinsam erst ein Bild der Eigentümerbelastung der heutigen Rechte ergeben.

Zunächst sagt das BGB. allgemein in § 889, daß ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht, oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Das gilt für alle Rechte an fremden Grundstücken, für Erbbaurechte, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte, Reallasten und schließlich auch für die hypothekarischen Rechte. Für letztere, die bei dem Bestehenbleiben zu Eigentümergrundpfandrechten werden, haben wir dann die folgenden Sonderbestimmungen:

1. § 1163 Abs. 1 Satz 1: Wenn die Forderung, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, steht die Hypothek dem Eigentümer zu.

2. § 1163 Abs. 1 Satz 2: Erlischt die Forderung, dann erwirbt der Eigentümer die Hypothek.

3. § 1163 Abs. 2: Eine Hypothek, für die die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Uebergabe des Briefes dem Eigentümer zu.

4. § 1168: Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer.

5. § 1169: Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen ist, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet und zwar zugunsten des Eigentümers.

6. § 1170: Ist der Gläubiger unbekannt, so erwirbt mit Erlaß des Ausschlußurteils der Eigentümer die Hypothek.

[1]) Mugdan, die gesamten Materialien zum BGB., S. 841.

7. § 1172: Dem Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke steht die Hypothek an seinem eigenen Grundstück zu, wenn er den Gläubiger befriedigt.

8. Außer den bereits aufgezählten Fällen, bei denen die Eigentümerhypothek aus einer Fremdhypothek hervorgeht, kann auch originär eine Eigentümerbelastung durch die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß eine Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, geschaffen werden (§ 1196 BGB.).

9. Zum Schlusse sei noch auf 2 Fälle hingewiesen, die sich in der ZPO. finden. Nach § 868 steht dem Eigentümer die Hypothek zu, wenn die Zwangsvollstreckung in Form der Eintragung einer Sicherungshypothek erfolgt ist, und die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben und ihre Zwangsvollstreckung durch rechtskräftige Entscheidung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist. § 932 besagt dasselbe für den Fall, daß ein Arrest in das Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek zu vollziehen war, und dieser gemäß § 868 aufgehoben worden ist.

Während durch § 29 des Preußischen Eigentums-Erwerbs-Gesetzes dem Eigentümer die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld nur bei Zustimmung der gleich oder später eingetragenen Hypothekengläubiger gestattet war, läßt das BGB. schon kraft Gesetzes die durch den Eigentümer erworbene Hypothek bald in eine Grundschuld sich verwandeln (§ 1177 Abs. 1), wenn dem Eigentümer die Forderung n i c h t zusteht, bald wiederum will es die Hypothek zwar als solche weiter gelten lassen, sie aber während der Zeit der Vereinigung nach den Vorschriften über die Grundschuld des Eigentümers behandelt wissen (§ 1177 Abs. 2). Diese Unterscheidung der Fälle, in denen aus der Hypothek eine Eigentümerhypothek oder eine Eigentümergrundschuld entstehen soll, beruht auf langen

Erwägungen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Sie hat indes keine eigentliche materielle Bedeutung, da die Eigentümerhypothek mangels einer zu sichernden Forderung, welche nicht entstanden oder bereits erloschen ist, kein eigentliches Pfandrecht, sondern ebenso wie die Eigentümergrundschuld nur die urkundliche Erscheinungsform eines dem Eigentümer noch oder wiederum zustehenden Verfügungsrechtes über sein Eigentum darstellt. Die Auseinanderhaltung beider Begriffe ist für den grundbuchlichen Rechtsverkehr natürlich beachtenswert, da solche nun einmal Gesetz geworden ist. Aber diese Spaltung kann mit *Bruck* [1]) kaum als eine glückliche Lösung des Hypothekenrechtes bezeichnet werden. Denn Hypothek und Grundschuld sind Pfandrechte derselben Art, nur mit dem Unterschiede, daß bei Geltendmachung der ersteren das Vorhandensein einer gesicherten Forderung nachgewiesen werden muß, während bei der letzteren in der Regel auch eine Forderung zugrunde liegen wird, deren Existenz aber für die Geltendmachung der Grundschuld unerheblich ist. Dieses Zugeständnis an die akzessorische Natur der Hypothek des allgemeinen Landrechtes, welches bei der Entstehung des EEG. noch am Platze war, weil hier zum ersten Mal die selbständige Belastung zugunsten des Eigentümers in Form der Eigentümergrundschuld eingeführt wurde, hätte im BGB. im Interesse der Einheitlichkeit des Eigentümerpfandrechtes ausgeschieden werden können. Die Grundschuld ist doch nicht ein zweitklassiges, weniger Sicherheit gewährendes Institut als eine Hypothek. Und einer bloßen Ueberlieferung des Namens wegen die Zweiteilung bestehen zu lassen, hieße der Geschichte dieses Rechtsgebildes ein zu großes Zugeständnis zu machen. Praktisch — und darauf kommt es allein an — ist auch mit der Zweiteilung der Eigentümerbelastung nicht mehr erreicht, als wenn nur eine einheitliche Eigentümergrundschuld eingeführt worden

[1]) Bruck, Die Eigentümerhypothek, S. 95.

wäre, welche die geteilten Vorschriften über Hypothek und Grundschuld in sich vereinigen und dadurch dieselben vereinfachen könnte. Sollte aber die Absicht auf Weiterbegebung gerade einer Hypothek gerichtet sein, so wäre es auch nicht umständlicher, gleichzeitig mit dem Antrag auf Eintragung eines neuen Gläubigers zu beantragen, die Grundschuld in eine Hypothek gemäß § 1198 umzuwandeln.

II. Die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek.

Theorien über die Eigentümerhypothek nach dem BGB.

§ 6.

Die Eigentümerhypothek als unvollkommene Hypothek.

(Hachenburg und *Fuchs).*

Die Frage nach der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek oder -grundschuld hat durch die Bestimmungen des BGB. keine Klärung gefunden. Vielmehr ist der Streit hierüber von neuem und lebhafter entflammt, als es unter der Herrschaft des ALR. und des EEG. der Fall war. Die Ansichten scheiden sich nach den beiden Gesichtspunkten: Ist die Eigentümerhypothek wirkliche Hypothek, ein begrenztes Recht an eigener Sache oder ist sie Ausfluß des Eigentumsrechts?

Einige Vertreter der Ansicht, daß die Eigentümerhypothek eine wirkliche Hypothek ist, berufen sich einfach auf § 889 BGB., welcher besagt, daß ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Damit ist indes nur die Konsequenz aus § 873 BGB. gezogen worden, wonach zur Entstehung eines Rechtes an einem Grundstück außer der dinglichen Einigung der Beteiligten über die Belastung des Grundstückes auch die Eintragung im Grundbuche erforderlich ist. Wenn nun § 889 BGB.

bestimmt, daß die Vereinigung von Recht und Pflicht in einer Person bei den Rechten an Grundstücken noch nicht deren Erlöschen bewirkt, so ist das nur folgerichtig, weil hierzu auch die Aufhebung der dinglichen Einigung nnd der grundbuchlichen Eintragung erforderlich isf, wodurch überhaupt das Recht erst zur Enstehung gelangt war. Diese Wiederaufhebung kann nur durch Löschung im Grundbuche erfolgen. Wie das bis zur Löschung weiterbestehende „Recht" in der Hand des Grundstückseigentümers zu beurteilen sei, das ist eben die hier zur Diskussion stehende Streitfrage, welche vom Gesetz durch § 889 BGB. nicht gelöst wird und auch nicht gelöst werden sollte. Tatsächlich haben denn auch die Motive zu § 889 ausdrücklich betont, daß die Konstruktion des Rechtes an eigener Sache sich der Bestimmung des Gesetzes entziehe und der Wissenschaft überlassen bleiben müsse.

Dieser Paragraph beschränkt sich nur darauf, ausdrücklich zu erklären, daß das grundbuchlich festgelegte Recht nicht durch bloße Vereinigung von Recht und Pflicht in einer Person erlöschen kann.

Von Interesse ist auch die Ausführung *Obernecks* zu der Ansicht, daß durch § 889 BGB. die Eigentümerhypothek als wirkliche Hypothek anerkannt sei. Er sagt: Durch die Befriedigung des Gläubigers wird der Eigentümer gemäß § 1163 BGB. über die Post verfügungsberechtigt. Um diese zu verwerten, wird er sie bei neuem Kreditbedürfnis abtreten. Nach § 40 GBO. kann aber eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch die Abtretung getroffen wird, als Berechtigter eingetragen ist. Würde nun die Eigentümerhypothek eine Succession sein, der Eigentümer also in die Rechte des Gläubigers eintreten, so daß ihm ein wirkliches begrenztes Recht an seinem Grundstücke zustünde, so müßte er sich nach § 1155 BGB. und 40 GBO. als Hypothekengläubiger oder Eigentümerhypothekar eintragen lassen, während er vor dieser Grundbuchberichtigung streng genommen über die Post nicht verfügen könnte.

Die weitere Konsequenz dieser Auffassung müßte ferner dahin führen, daß der Eigentümer auch dann sich erst eintragen lassen müßte, wenn er die Hypothek löschen lassen will, eine Folgerung, die die Vertreter dieser Ansicht indes nicht gezogen haben[1]).

Ausführlicher begründet *Hachenburg*[2]) das Fortbestehen einer wirklichen Hypothek. Zunächst verkennt er nicht, daß schon in den Protokollen[3]) ausgeführt ist, daß der Eigentümer bei der Zwangsversteigerung den auf seine Hypothek fallenden Teil des Erlöses nicht als Befriedigung eines Anspruches erhält, weil ihm nichts geleistet werde, was bisher außerhalb seines Vermögens war. Auch die Zinszahlung im Falle der Zwangsverwaltung sei nur ein Aequivalent für die Erträgnisse seines eigenen Grundstücks. Dagegen, führt *Hachenburg* aus, spräche aber das Gesetz selbst davon, daß dem Eigentümer die Hypothek zustehe (§ 1163 BGB.). Wesentlich sei ferner, daß der Eigentümer jeden Augenblick seine Hypothek mit einer anderen Forderung verbinden kann (§ 1198 BGB.). Das sei aber keine Neubegründung derselben, sie werde vielmehr nur aus einer Eigentümerhypothek eine Gläubigerhypothek. Gerade aus alledem ergäbe sich aber das für die Eigentümerhypothek charakteristische Moment. Ihr fehle der Dritte als Gläubiger. Sie sei Hypothek, welche freilich der Eigentümer nicht ausüben könne, also eine unvollkommene Hypothek, die sich von der im § 1113 BGB. definierten dadurch unterscheide, daß ihr ein Teil mangele, daß sie ohne Gläubiger bestände und die Bindung des Grundstückes durch die Eintragung ohne die Verbindung mit einer begünstigten Person geschehe. Nur die passive Seite der Hypothek sei in der Person des Eigentümers entstanden, durch Hinzutritt der aktiven Seite werde sie erst vollkommen.

[1]) Oberneck: Gruchot, Bd. 47, S. 312/3.

[2]) Hachenburg: Das BGB. für das Deutsche Reich, S. 523.

[3]) Protokolle, III, S. 723.

Diese Theorie *Hachenburgs* ist aber in verschiedener Hinsicht angreifbar. Schon die Anführung des § 1198 BGB. dafür, daß die dem Eigentümer zustehende Hypothek sich jederzeit mit einer andern Forderung verbinden lasse, dürfte nicht ganz genau sein. Es ist in § 1198 BGB. von der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt die Rede. Hier ist also nur das Verhältnis zwischen Hypothek und Grundschuld ganz allgemein behandelt, nicht dagegen das Verhältnis zwischen Eigentümerhypothek und Gläubigerhypothek. Wird erstere ohne eine Umwandlung in eine Grundschuld einem neuen Gläubiger abgetreten und so wieder zu einer „vollkommenen" Hypothek mit einer „aktiven" Seite gemacht, so hat damit die Bestimmung des § 1198 BGB. überhaupt nichts zu schaffen. Fällt damit eine Stütze seiner Theorie, so kann diese im ganzen auch ohnehin einer Prüfung nicht standhalten, und zwar schon aus dem allgemein bereits anerkannten Grundsatz des preußischen Rechtes heraus, daß eine jede Berechtigung ohne eine ihr entsprechende Verpflichtung nicht gedacht werden kann [1]). Das Pfandrecht am Grundstück erzeugt aber die Verpflichtung, im Falle der Nichtzahlung die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück zu dulden. Der Eigentümer des Grundstücks, dem das Pfandrecht zusteht, ist aber schon kraft gesetzlicher Vorschrift gehindert, die Zwangsvollstreckung zu betreiben und so seine Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen (§ 1197 BGB.). Wenn ferner *Hachenburg* ausführt, es fehle an dem Rechtssubjekte, zu dessen Gunsten die Belastung erfolge, so ist das ebenfalls nicht zutreffend, weil Rechtssubjekt, d. h. derjenige, der über das Recht verfügen kann, zu dessen Gunsten die Eigentümberbelastung überhaupt eingeführt ist, ja gerade der Eigentümer ist, wie schon der Name ergibt. Das bringt außerdem § 1163 BGB. zum Ausdruck, wenn er sagt, daß die Hypothek durch

[1]) Vgl. Eccius, PrPrivR. 11. Bd., § 18, S. 84.

den Eigentümer erworben werde. Wollte man dies mit *Hachenburg* leugnen, so hieße das den Zweck der Eigentümerbelastung verkennen [1]).

Wie *Hachenburg* so spricht auch *Fuchs* von einer unvollkommenen Hypotek [2]), aber in anderem Sinne. Nicht deshalb nennt er die Eigentümerhypothek unvollkommen weil sie der Vollendung durch Hinzutritt der „aktiven Seite" harre, sondern deshalb, weil der Eigentümer nicht die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben kann. Der Eigentümer erhalte in der Hypothek an eigener Sache ein wahres Recht, natürlich nicht gegen sich selbst, sondern gegen Dritte, nämlich das Recht, die nachfolgenden Gläubiger zurückzudrängen und an der Einziehung des Grundstückswertes zu hindern. Dies alles spricht aber doch eigentlich gegen die Ansicht von *Fuchs*. Das Wesen der Hypothek, Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen, fehlt der Eigentümerhypothek [3]). Sie ist deshalb nicht nur unvollkommen sondern gar keine Hypothek [4]) mehr. Denn etwas müßte wenigstens vorhanden sein, was zu der Annahme einer Hypothek berechtigt. Es bleibt aber nichts derartiges nach Abzug jener Befugnis übrig. Man kann dieses Recht sich auch nicht gegen Dritte wenden lassen. Ist die Eigentümerhypothek wahre Hypothek, wie *Fuchs* behauptet, so kann sie sich nur in der ihr durch das Gesetz vorgeschriebenen Richtung gegen das Grundstück resp. den Eigentümer auswirken. Daß sie plötzlich als Recht gegen Dritte in der

[1]) Den Ausführungen Hachenburgs hat sich Boehm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht (zu § 1163) angeschlossen. Ebenso Horn: Die Eigentümerhypothek, S. 49 ff. Eine ausführliche Wiederlegung seiner Ansicht findet sich in ZDNV. Bd. 7, S. 93, Anm. 1 von Güthe.

[2]) E. Fuchs: Grundbuchrecht, 1902 zu § 889, Nr. 5 und Vorbem. 6 zu § 1163.

[3]) Biermann bezeichnet diese Bestimmung des § 1197 BGB. als leicht erklärliche Ausnahme. Im übrigen sei der Eigentümer wahrer Hypothekengläubiger. Biermann, BGB. Komm. 1914, Anm. C zu § 1163.

[4]) Oberneck, RGBO. 4. Aufl. S. 24.

Hand des Eigentümers auftreten soll, also zum Hauptzweck etwas haben soll, was nur eine Folge ihres Vorhandenseins an einer bestimmten Stelle der Belastungsreihe ist, das anzunehmen erscheint willkürlich. Ein zwingender Grund hierzu liegt nicht vor. Wenn aber mit der Eigentümerhypothek beabsichtigt ist, diese Stelle dem Eigentümer zu sichern, so kann diese Aufgabe nicht einer Hypothek zufallen, auch nicht einer unvollkommenen. Ein derartiger Begriff ist außerdem viel zu gesucht und mit der Erklärung der Hypothek im § 1113 BGB. garnicht in Einklang zu bringen Wenn auch in den Händen eines Fremdgläubigers die Eigentümerbelastung einmal wieder Hypothek werden kann, so folgt daraus noch nicht, sie schon jetzt als Hypothek, wenn auch als eine unvollkommene, bezeichnen zu dürfen. Da aber das Aufrücken nachstehender Hypotheken tatsächlich gehindert wird, muß etwas anderes die Post ausfüllen. Es ist das, wie später dargelegt werden wird, das Eigentumsrecht.

Von der Annahme, daß die Eigentümerhypothek freigewordenes Eigentum sei, wird *Fuchs* irrtümlich durch das Dogma der Pfandunteilbarkeit abgehalten. Diese Unteilbarkeit bezieht sich aber auf das Objekt, nicht auf die Belastungsreihe. Zum Beweise für diese Unteilbarkeit des Objektes kann man sich deshalb auch nicht auf die Pfandrechtsnatur der Belastungen berufen. Daß übrigens das ganze Grundstück haftet, geht aus den §§ 93, 1120, 1132 Abs. 1 BGB. hervor. Jedem, auch dem letztstelligen Hypothekengläubiger haftet das ganze Grundstück. Dies wird auch dadurch nicht geändert, daß in der Belastungsreihe sich eine Eigentümerpost befindet. An dem Erlöse aber, der bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks erzielt wird und an den Erträgnissen des zwangsverwalteten Grundstücks hat jeder Gläubiger nur nach bestimmtem Rang und zu bestimmten Teilen Anspruch. Dieser Unterschied ist von *Fuchs* nicht gemacht worden, sonst wäre er zur entgegengesetzten Ansicht gelangt.

§ 7.

Ansicht des Reichsgerichts und Kammergerichts.

Die Eigentümerhypothek als hypothekengleiche Belastung.

Auch die Rechtsprechung hat sich mit der Frage der rechtlichen Natur der Eigentümerbelastung befaßt und sich auf den bisher erörterten Standpunkt gestellt, daß die Eigentümerbelastung ein besonderes dingliches Recht an eigener Sache sei. So bezeichnet das Reichsgericht (Bd. 70 S. 357) die Eigentümergrundschuld als eine Belastung des Grundstücks, ebenso wie die gewöhnliche Grundschuld, nur mit dem Unterschiede, daß sie nicht einem Dritten sondern dem Eigentümer selbst zusteht und daß gemäß § 1177 Abs. 1 Satz 2 BGB. für sie in Ansehung der Verzinslichkeit etc. die Bestimmungen maßgebend sind, die für die durch die Hypothek gesicherte Forderung getroffen wurden. Eine Begründung dieser Erklärung läßt das Reichsgericht aber vermissen. Seine sonstigen Ausführungen beziehen sich nur auf die später zu beantwortende Streitfrage und können zu einer Begründung der aufgestellten Ansicht nicht dienen.

Das Kammergericht (KGJ. 27 A 130; OLG. 8, 143) führt aus: Die Eigentümerhypothek sei als hypothekengleiche Belastung des Grundstücks aufzufassen [1]), die in ihren rechtlichen Wirkungen von einer wirklichen Hypothek nur insofern abweicht, als das Nichtbestehen einer Forderung und die Identität des Gläubigers es erfordere. Das Kammergericht stützt sich hierbei auf § 1177 BGB., wonach sich die Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderuug zusteht, in eine Grundschuld verwandelt, in Ansehung der Verzinslichkeit etc. jedoch die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend seien. Diese Vorschrift aber — meint das Kammergericht weiter — finde auf alle Fälle der Eigentümerhypothek, namentlich auf

[1]) Ebenso Kretschmar, Bem. 2 zu § 1163.

§ 1163 Abs. 1 und 2 BGB., § 1168 Abs. 1 uud § 1170, Abs. 2 BGB. Anwendung und enthalte sonach eine allgemeine Begriffsbestimmung der Eigentümerhypothek in dem Sinne, wie bereits oben angegeben.

Nach den Ausführungen des Kammergerichts ist die Eigentümerhypothek keine Hypothek, sondern nur hypothekengleiche Belastung, ein Mittelding zwischen Hypothek und Grundschuld. Eine solche Erklärung läßt sich aber mit den gesetzlichen Vorschriften über die Hypothek nicht in Einklang bringen [1]). Die Motive (Bd. III, S. 733) zum Entwurf sagen zwar, der Inhalt der Hypothek werde im Falle der Eigentümerhypothek einerseits insofern abgeschwächt, als die Vereinigung des Eigentums und der Hypothek in derselben Person Geltendmachung des dinglichen Anspruchs hindere, andererseits dadurch verschärft, daß gegen den Anspruch der Einwand ausgeschlossen sei, die Forderung sei erloschen. In der zweiten Kommission (Prot. III, S. 722) hat man es aber für einfacher gehalten, die Eigentümerhypothek als Grundschuld zu bezeichnen; und das ist Gesetz geworden. Im Falle des § 1177 Abs. 1 BGB. verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld sind identisch. Für eine hypothekengleiche Belastung, wie sie das Kammergericht annimmt, ist nach dem Gesetz kein Raum, und die Erklärung des Kammergerichts zur Erfassung des Wesens der Eigentümerbelastung nach dem BGB. ist garnicht verwertbar.

§ 8.

Theorien von Wolff, Endemann und Gierke.

Bevor wir nun die Gegentheorien, welche die Eigentümerbelastung rein als Eigentumsbefugnisse erklären, wiedergeben, haben wir noch diejenigen Erklärungen der Eigentümerhypothek zu behandeln, die eine gewisse Zwischenstellung einnehmen.

[1]) Boehm, im Recht 1905 S. 515 ff.

Es ist das einmal die Ansicht von *Wolff*[1]). Zunächst tritt er der Anschauung entgegen, als habe das Eigentümerpfandrecht einen nicht schon im Eigentum enthaltenen Inhalt. Jedes begrenzte Recht an einer Sache sei als verselbständigter Teilinhalt des Eigentums zu bezeichnen[2]). Die Befugnisse, die das begrenzte Recht an eigener Sache gewährt, sind sämtlich schon im unbelasteten Eigentum gewesen; durch die Verselbständigung erhält das Eigentumsstück im Verhältnis zu anderen späteren Eintragungen und zum Gesamteigentum selbst einen Vorrang, den es sonst nicht gehabt hätte. Demnach sei auch die Eigentümerbelastung (Hypothek und Grundschuld) Eigentumssplitter, d. h. ein mit Eigentumsinhalt gefülltes, aber dem Eigentum gegenüber selbständig gewordenes Recht an eigener Sache. Genau so sei aber auch jedes andere begrenzte Recht, das einem Dritten bestellt ist, Eigentumssplitter; die Eigentümerbelastung unterscheide sich nicht von den anderen begrenzten Rechten.

Gewiß alle Rechte, die Dritte an einem Grundstück haben, fließen aus dem Eigentumsrecht des Grundeigentümers. Darum kann man sie aber doch nicht mit dem unglücklichen Ausdruck „Eigentumssplitter" bezeichnen. Das Eigentum wird nicht zersplittert, wenn der Eigentümer sich einer Beschränkung seiner Verfügungsbefugnis über die Sache unterzieht. Eine Zersplitterung ist es weder, wenn der Eigentümer die Nutznießung am Grundstücke einem andern überläßt, noch auch, wenn er zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes das seinige mit einer Dienstbarkeit belastet, noch wenn er einem anderen ein Pfandrecht an seinem Grundstücke bestellt. In all diesen Fällen beschränkt er nur sein sonst grundsätzlich unbeschränktes Verfügungsrecht über die Sache. Bei dem Pfandrechte kommt aber hinzu, daß dieses

[1]) Wolff: Lehrbuch des BGB. in Enneccerus-Kipp-Wolff, § 147 des SR. 1926.

[2]) Wolff a. a. O. § 51, II.

in der Möglichkeit gipfelt, Befriedigung aus dem Pfandgrundstücke durch dessen Versteigerung zu erlangen, daß aber dem Eigentümer, der die Hypothek erwirbt, dieses Recht ausdrücklich beschränkt ist. Damit aber erscheint auch die Bezeichnung des Eigentümerpfandrechtes als „eines dem Eigentümer gegenüber verselbständigten Rechtes an eigener Sache" als inhaltleeres Spiel mit Worten.

Der Anschauung *Wolffs* nicht ganz unähnlich aber doch mehr der Eigentumsrichtung zuneigend, ist die Auffassung von *Endemann*[1]). Ausgangspunkt für ihn ist ebenfalls die Ansicht, daß die Eigentümerpost Eigentumsrecht und zwar in besonders ausgeprägter Gestalt ist. Im Gegensatz zu *Wolff* lehnt er aber eine Gleichsetzung mit der Hypothek und der Grundschuld ab. Hier handele es sich überhaupt nicht um ein begrenztes Recht, es erscheine vielmehr nur in dem Sinne begrenzt, als ihm durch das Vorhandensein dinglicher Rechte Dritter Schranken gezogen werden. Außerdem aber — und hierin liege das Eigenartige der Eigentümerhypothek — komme folgendes in Betracht. Das Eigentumsrecht mit seinen allgemein gegebenen Schutzmitteln würde hier, wo es sich darum handelt, dem dritten Hypothekengläubiger gegenüber die Post für den Eigentümer zu erhalten, nicht ausreichen, weder der Eigentumsanspruch noch der negatorische Anspruch nach § 1004 BGB. Um einen solchen Rechtsschutz zu erlangen, sei es deshalb notwendig gewesen, daß das Eigentumsrecht die Gestalt eines dem Grundpfandrecht gleichen Rechtes annimmt. Zum Vergleich ist die Grundschuld heranzuziehen, da ihr das Erfordernis einer zu sichernden Forderung fehlt. Wenn danach das BGB. erklärt, daß die mit dem Eigentum vereinigte Hypothek sich in eine Grundschuld verwandele, so hat das nur die Bedeutung, daß die für die Grundschuld gegebenen Rechtsfolgen auf den vorliegenden Tatbestand entsprechende An-

[1]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1905, § 116.

wendung finden sollen. Die Natur des Rechtsverhältnisses wird damit nicht verändert. Der Eigentümer hat das Recht am Erlös nicht als Gläubiger, sondern weil sich sein Eigentumsrecht an dem Grundstück hieran fortsetzt. Formell grundbuchrechtlich haben wir deshalb in der Eigentümerhypothek ein objektiviertes Stück des Eigentumsrechtes, eine Belastung und einen vom Eigentum verschiedenen, nach Umfang und Rang selbständigen Vermögensgegenstand.

In anderer Richtung nimmt *Gierke*[1]) die Teilung des Inhaltes dieser Eigentümergrundkreditbelastung vor, um zu einer Lösung des Problems zu kommen. Das Rechtsverhältnis müsse nach einer objektiven und einer subjektiven Seite geschieden werden, subjektiv Eigentumsbestandteil, objektiv begrenztes dingliches Recht. Zu irgend welchen neuen Gesichtspunkten gelangen wir aber durch den geänderten Ausgangspunkt der Betrachtungsweise nicht.

Ziehen wir nun noch die Untersuchung von *Krückmann*[2]) über das Recht an eigener Sache heran, so sehen wir dieses letztere sich wieder zu wahrem Eigentum auflösen. Unleugbar haften einer einmal aus dem Eigentum ausgesonderten Befugnis noch Eigenheiten an, die nicht einfach zu übersehen seien, auch nachdem die betreffende Befugnis wieder an den Eigentümer gefallen ist. Das bringe auch der besonders geartete Zweck dieser Post mit sich. Es käme, wie die Römer (1.25, pr. D. 50. 16) schon richtig erkannt hätten, auf den Gegensatz von Gesamtheit und Bestandteil an. Durch Aussonderung eines Bestandteils leidet die Identität des Eigentums nicht; das könnte auch nicht anders sein, wenn ein ausgesonderter Bestandteil anders behandelt werde als andere Bestandteile. Die vom Eigentümer zurückgenommenen Eigentümerbefugnisse trügen pfandrechtliche Eigentümlichkeit an sich, aber trotzdem ließen sie sich nicht unter die Vorstellung eines Rechtes

[1]) Gierke, D. Priv. R. 1905, 2. Bd. S. 921, § 166, II. Wie Gierke, Staudinger, Kober, zu § 1177; Kretzschmar, Bürg. R. S. 539.

[2]) Krückmann, Arch. Ziv. Prax. Bd. 103, S. 369/370, 375, 377.

an fremder Sache bringen: denn die Tatsache des vollendeten Eigentümererwerbes sei unvereinbar mit irgend einem Pfandrecht. Mögen die Bezeichnungen: „Recht an eigener Sache" und „Eigentümerhypothek" bestehen bleiben, den zugrunde liegenden Begriff geben sie nicht wieder. Das Pfandrecht an eigener Sache ist nichts als pfandfreies Eigentum [1]), freilich nicht schlechthin unbegrenztes, sondern quantitativ begrenzt durch den Umfang der Forderung.

§ 9.

Theorien von Güthe, Oberneck und Bruck.

Die Ansichten von *Güthe* und *Oberneck* decken sich zunächst [2]). Für beide ist Ausgangspunkt der Grundsatz der festen Stellen. Dieser zeige sich wenn auch nicht in einem einheitlichen Prinzip, so doch in den einzelnen Bestimmungen. Besonders die Ausgestaltung der Vorrangseinräumung, des Rangvorbehaltes und der Eigentümerhypothek sprächen für das Prinzip. Dieses sei nicht gleichbedeutend mit der früheren Lokustheorie (Offenhaltung der Rangstelle). Die feste Stelle wird dem Eigentümer nicht nur offengehalten, er erwirbt sie vielmehr endgültig. Unter dem System des festen Ranges sei das materiellrechtliche Prinzip zu verstehen, daß der Hypothekengläubiger an den ihm durch die Eintragung festgestellten Rang gebunden bleibe.

A. Von diesem Prinzip des festen Ranges gelangt *Oberneck* zu seiner Wertteiltheorie, während *Güthe* allein auf dem Prinzip der festen Priorität seine Erklärung der Eigentümerhypothek aufbaut, unter besonderem Hinweis darauf, daß dabei der Grundsatz, jede Hypothek belaste

---

[1]) Krückmann, a. a. O. S. 370; Bruck: Eigentümerhypothek, S. 133.

[2]) Güthe, RGBO. Bd. 2, S. 1746 ff., 4. Aufl. wie ZDNV. S. 739; Oberneck, RGBR. 1909, Bd. 2. S. 13 ff., § 114.

das ganze Grundstück, nicht verletzt werde. Das ergebe die Theorie der Rangsäule. Durch sie wird die Belastung des Grundstücks veranschaulicht. Man denke sich an den Ecken des Grundstücks Pfähle aufgestellt, die mit Querleisten verbunden sind. Hierauf läge eine Belastung in Gestalt einer Platte, die das ganze Grundstück überdeckt, auf den nächsten Querleisten wieder eine solche und so fort, je nach der Höhe der Hypotheken und der Stärke von einander verschieden. Nimmt man diese Säule von dem Grundstück fort, so ist dieses unbelastet und das Eigentum zeigt sich wieder in vollem Umfange. Wird aus der Rangsäule nur ein Glied entfernt, so vermindert sich die Belastung des Grundstücks um das Gewicht dieses Gliedes. Dieser Raum der Säule wird frei, das Eigentum kann sich soweit unbeschränkt wieder ausdehnen. Diese Ausdehnung könnte nun in zweierlei Weise erfolgen. Einmal so, daß alle andern aufrücken und der oberste Platz frei wird oder so, daß die Rangsäule, wie bisher, bestehen bleibt und in den freien Raum der fortgefallenen Belastung das Eigentum einrückt. Diese zweite Möglichkeit zeigt den Grundsatz der festen Stellen. Das Ganze ist nur ein Bild, dessen Kern darauf hinausläuft, das an die offene Stelle tretende Recht des Eigentümers als zurückgewonnenes oder freigewordenes Eigentum zu kennzeichnen.

Damit kommen wir zu der Ablehnung aller derjenigen Theorien, die die Eigentümerhypothek als echte Belastung ansehen, als ein Recht an eigener Sache, welches dasselbe Wesen wie ein Recht an fremder Sache haben soll. Eigentümerhypothek ist Eigentum, gebunden an eine bestimmte Hypothek und an eine Grundbuchstelle. Nur im Verhältnis zu Dritten, als Folge der Formalität des Grundbuchs wird sie als Hypothek oder als Grundschuld behandelt[1]).

Die Ansicht *Güthes* ist auch nicht mit der von *Gierke* vertretenen Theorie übereinstimmend. Nach dieser ist die

[1]) Güthe, a. a. O. S. 1652.

Eigentümerhypothek gezweiteilt, während nach *Güthe* es eine solche Teilung nicht gibt. Hier ist die Eigentümerhypothek subjektiv wie objektiv Eigentum. Auch der Unterscheidung *Endemanns* in formelle und materielle Seite des Rechtsgebildes folgt *Güthe* nicht.

Gegen die Auffassung *Güthes* könnte nun geltend gemacht werden, die §§ 1163 und 1177 BGB. sprächen von der Hypothek des Eigentümers, die der Grundeigner erwirbt und von der Hypothek, die sich in eine Grundschuld des Eigentümers verwandelt. Diese Bezeichnungen stimmen auch. Denn bis zum Augenblick des Erwerbes hat es sich um eine wahre Hypothek gehandelt. Die Umwandlung erfolgte erst in dem Augenblicke, in dem die bisherige Hypothek an den Eigentümer gelangte. Irgend welchen Vorschriften mußte dieses Institut aber eingegliedert werden. Es hätte vielleicht unter die Vorschriften des Eigentums gehört. Aber die Eigenart dieses Eigentumsbestandteils hat davon abgelenkt. Wir haben hier nicht das Eigentumsrecht schlechthin, welches an sich ranglos ist. Die in Form einer Grundstücksbelastung ausgeschiedene Eigentumsbefugnis ist aber mit einem bestimmten Rang ausgestattet und an diesen gebunden. Diese Formalisierung bedingt nun, daß der Eigentümer bei einer Verfügung über die Stelle den Formen des Grundbelastungsrechtes unterworfen ist[1]). Der Name Hypothek ist auch nur aus der sich aus der Eintragung ergebenden Form, nicht aber aus dem Inhalt und Wesen derselben hergeleitet. Das zeigt schon ein Vergleich mit der Definition der Hypothek in § 1113 BGB.; wo eines der Erfordernisse dieses Paragraphen fehlt, da liegt keine Hypothek vor. Wenn aber das Gesetz in § 1163 in seinem Streben nach knapper Ausdrucksweise von Hypothek spricht, die der Eigentümer erwirbt, so ist diese doch ganz andern Wesens und bezeichnet nur

[1]) Oberneck, S. 24, a. a. O.; vgl. Goldschmidt, in Archbürg B. 20 S. 23 ff.

den Rahmen in dem sie eingefügt worden wäre, wenn die Forderung, für welche sie bestellt ist, entstanden sein würde. So paßt sich das Eigentümerpfandrecht — diese Bezeichnung ist natürlich auch nicht die richtige, denn ein Pfandrecht im Rechtssinne ist es ja nicht, — dem Grundbuchsystem ein und kann seinem Zwecke entsprechend bequem gehandhabt werden. Die Eigentümhypothek soll eine leichte und schnelle Verwertbarkeit bieten, um den Grundkredit beweglich zu machen. Entsprechend diesem Bedürfnis mußte es auch in die Rangsäule aufgenommen werden, und das geht nur in der Form einer Hypothek resp. Grundschuld. Ursprung der Eigentümerbelastung und die Grundbuchtechnik haben daher darauf hingelenkt, eine solche Form zu wählen.

Um gleich einen Punkt, der auch für *Oberneck* widerlegt werden müßte, vorweg zu nehmen, darf das Prinzip des festen Ranges nicht unwidersprochen hingenommen werden. Praktisch gestaltet sich die Sache doch nicht diesem Prinzip entsprechend. Die Löschung einer Hypothek erfolgt mit Rücksicht auf die Eigentümerrechte allerdings nur, wenn der Eigentümer die Löschung selbst beantragt. Stellt er diesen Antrag, so fällt diese Post aus und die nächstfolgenden rücken auf. Die Erfahrung lehrt, daß das recht häufig, in weniger rechtskundigen Kreisen wohl regelmäßig geschieht. Nach dem Prinzip der festen Stellen dürfte das Aufrücken aber nicht eintreten. Es müßte jeder an seiner Stelle sein und die ausfallenden Hypotheken, die dem Eigentümer kraft Gesetzes zustehen, auch nicht durch seinen Antrag aus der Reihe getilgt werden können. Tatsächlich erfolgt aber das Aufrücken z. B. auch dann, wenn die Nichtigkeit der Hypothek sich wegen Geisteskrankheit des Eigentümers herausstellt. Es sei auf die zutreffenden Ausführungen *Wolffs*[1]) verwiesen, denen zuzustimmen ist. Mit dem Institut der Eigentümer-

[1]) Enneccerus-Kipp-Wolff, Sachenrecht 1926 S. 516 ff., § 147.

hypothek haben die beteiligten Kreise sich keineswegs in dem Umfange vertraut gemacht, wie anscheinend angenommen wird. Sonst würden von diesem Vorteil, den die Eigentümerhypothek für die Beschaffung eventueller weiterer Kredite bietet, bei dem Grundbuch mehr Gebrauch gemacht werden. Gerade das Gegenteil ist aber der Fall. Nach Bezahlung der Hypotheken durch die Eigentümer wird regelmäßig Löschung beantragt. Deshalb ist bezüglich des Systems des festen Ranges nur mit *Wolff* zu sagen, daß eine starke Annäherung an dieses System vorliegt, seine Verankerung im BGB. jedoch nicht anerkannt werden kann.

B. Ausgehend vom Prinzip des festen Ranges gelangt *Oberneck* zu der Theorie der der Befriedigung des Gläubigers dienenden Wertteile, die, wie ersteres Prinzip, ebenfalls im BGB. enthalten sein soll. Das Eigentumsrecht am Grundstück schließe das Verwertungsrecht in sich. Vermöge der Grundbuchverfassung könne der Eigentümer dieses Recht an seinem Grundstück in verschiedene selbständige Teile zerlegen und auf diese Weise gesonderte Vermögensmaßen bilden, die er zur Befriedigung etwaiger künftiger Kreditbedürfnisse entweder für sich originär in Gestalt der Eigentümergrundschuld des § 1196 begründet oder schließlich einem Dritten im Wege der Hypothek zu einem bestimmten juristischen oder wirtschaftlichen Zwecke überläßt [1]). Diese Wert-Parzellentheorie geht also davon aus, daß nur ein Wertteil des Grundstücks für die Hypothek haftet, das Grundstück dabei in reale Teile zerlegt zu denken ist. Fällt der gedachte Zweck fort, so muß das Wertobjekt wieder in das Eigentum des Bestellers zurückkehren. Das Eigentümerpfandrecht wäre danach das Recht des Eigentümers auf den in Form einer Kreditbelastung verselbstständigten, durch eine Geldsumme bezeichneten Wert oder Wertteil seines Grundstückes, der für ihn entweder von vornherein ausgeschieden oder ihm wieder

[1]) Oberneck, a. a. O. Bd. 2, S. 6 ff.

zugefallen ist[1]). Dagegen führt *Kindel*[2]) an, der Eigentümer habe damit ein Recht an einem leeren Raum, einer Wertparzelle. Dies sei aber ein Recht an einem Nichts, eine Wertparzelle gäbe es nicht. Weiterhin sagt das Reichsgericht[3]) mit Recht, daß dadurch gegen den Grundsatz verstoßen würde, daß jedem Gläubiger das ganze Grundstück, nicht nur ein Wertteil hafte. Dazu kommt noch der mehrfach erhobene Einwand[4]) gegen die Wertteiltheorie, daß später eingetragene Hypotheken oder Grundschulden kein Haftungsobjekt mehr hätten, wenn der Wert des Grundstückes durch vorhergehende Belastungen bereits erschöpft ist. Die späteren schwebten dann in der Luft. Der Wert einer Sache sei ein stets wechselnder und unterliege der freien Vereinbarung, entgegnet hierauf *Oberneck*. Durch den Hypothekenbestellungsvertrag werde von den Parteien bekundet, daß sie einen noch ausreichenden Wert annähmen. Auf den objektiven Wert käme es nicht an. Hiergegen ist jedoch anzuführen, daß die Parteien, sowohl der Eigentümer wie der Hypothekengläubiger, bei der Bestellung oft nicht im Entferntesten daran denken oder gar stillschweigend vereinbaren, daß die Hypothek noch von dem Werte des Grundstückes gedeckt, dem Grundstück also ein solcher Wert vertraglich beigelegt sein soll. Der Hypothekengläubiger wird vielmehr gerade an Hand des Grundbuches den objektiven Wert des Grundstücks und die Deckung seiner Hypothek nach Abzug vorhergehender Belastungen berechnen. Erscheint dieser ihm nicht ausreichend, so wird er das zu sichernde Darlehn nicht geben resp. eine andere Sicherheit fordern, oder aber nur durch die Gewährung besonderer Zins- oder sonstiger Vorteile, sich bewegen lassen, diese Hypothek als Sicherung anzu-

[1]) Oberneck, a. a. O., Bd. 2. S. 26.

[2]) Kindel, in Festgabe für Koch, S. 101 ff.

[3]) RGE. Bd. 60, S. 254 ff.

[4]) Dernburg, SR. S. 690, Ziff. 4a u. e. Bruck, Eigentümerhypothek, S. 137 a. u. e ff.; Güthe, Bd. 2, S. 1650.

nehmen. In einem solchen Falle sind die Parteien sich gerade klar darüber, daß der Wert des Grundstückes zur Deckung nicht reichen wird. Von einer stillschweigenden Vereinbarung kann danach nicht gut die Rede sein. *Oberneck* (S. 21 a. a. O.) nennt den Wert selbst die juristische Substanz des Grundstücks in Ansehung der Wertrechte. Das bedeutet aber einen völligen Widerspruch zu der Aufstellung, daß die Parteien den Wert nach freiem Ermessen bestimmen können. Es erscheint weiterhin aber auch zweifelhaft, ob man den Wert als juristische Substanz des Grundstücks für diese Belastung ansehen darf. Der Wert einer Sache ist kein Rechtsbegriff, sondern ein wirtschaftlicher. Rechtsobjekt kann er niemals sein [1]).

C. Das will *Bruck* [2]) umgehen, indem er das Grundstück nicht in reelle Wertteile zerlegt denkt, was der Pfandunteilbarkeit widerspräche, sondern in ideelle Teile. Er erklärt die ursprüngliche, an dem Grundstück bestellte Grundschuld als Formalisierung eines ideellen Wertteils des Grundstückes zum Zwecke der Haftung für eine eventuelle Schuld, um die Eigentümerhypothek resp. Grundschuld als die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils des Grundstückes, der gehaftet hatte.

Das Eintreten des Eigentumsrechtes in die freigewordene oder noch nicht weiter verfügte Stelle erklärt sich aus der sogenannten Elastizität des Eigentums [3]). Es ist eine Eigenschaft des Eigentums, daß es überall sich wieder ausbreitet, wo gesetzliche Beschränkungen oder solche durch Rechte Dritter in Wegfall kommen. Da aber infolge der Bucheinrichtung diesem Eigentumsrecht in der Rangordnung der Belastungen eine besondere Stelle zugewiesen ist, so erscheint durch die Eintragung die Eigentümerhypothek formell als ein besonderes Recht, ist es aber selbst in formeller Hinsicht nicht, wie *Endemann* meint.

[1]) Hirsch. ArchbürgR. Bd. 25. S. 232.

[2]) Bruck, a. a. O. S. 154, a. E.

[3]) Bruck, Eigentümerhypothek, § 18, S. 13 ff.

Einer solchen Wesensteilung des Eigentums bedarf es zur Erklärung der Eigentümerhypothek jedoch nicht, und es kann eine solche als zu konstruktiv nicht anerkannt werden.

III. Neue Begründung der rechtlichen Natur des sogen. Eigentümerpfandrechts.

§ 10.

Verhältnis zwischen Pfandrecht und Eigentumsrecht.

Zweck des Pfandrechtes ist die Sicherung einer Forderung. Die Erfüllung dieses Zweckes geschieht durch Einräumung des Besitzes an der verpfändeten Sache mit der Bestimmung, daß aus dieser der Gläubiger seine Befriedigung suchen soll, wenn der Schuldner sie nicht anderweit gewährt. Bei der unbeweglichen Sache ist die Besitzeinräumung untunlich, weil hier der Pfandbesitz und der Besitz überhaupt nicht immer als solcher erkennbar ist wie bei der beweglichen Sache, die man in die Hand oder unter Verschluß nehmen kann, und weil andererseits die meisten Grundstücke den wesentlichen Teil des Vermögens des Eigentümers ausmachen und deshalb den weitverzweigten Vermögensbelangen des letzteren unnötig entzogen werden würden, wollte man auch hier den Besitz auf den Pfandgläubiger übertragen und damit den Eigentümer in der ferneren Verwertung seines Hauptbesitztums lahmlegen, bloß um den verhältnismäßig nebensächlichen Zweck zu erfüllen, die Forderung eines einzelnen Gläubigers sicher zu stellen. Deshalb — und weil meistens mehrere Verpfändungen einer Liegenschaft an verschiedene Gläubiger nötig werden und der Besitz nicht sämtlichen eingeräumt werden kann — ist hier eine sichtbare Form der Erfüllung des Sicherungszweckes dadurch geschaffen worden, daß das Pfandrecht im Grundbuche vermerkt wird, dessen Eintragungen öffentlichen Glauben genießen, während der Besitz des unbeweglichen Pfandobjektes dem Schuldner erhalten bleibt.

Mit dem Fortfall des Sicherungszweckes — also bei Nichtentstehung oder Untergang der Forderung — erledigt sich auch die Pfandbestellung, deren äußere Form wieder rückgängig zu machen ist. Dies geschieht bei der beweglichen Sache durch deren Rückgabe, wodurch der Eigentümer wieder die unbeschränkte Verfügung über die Sache, wie vor der Verpfändung, zurückerlangt. Ebenso muß bei der unbeweglichen Sache das alte Verfügungsrecht wieder eingeräumt werden, wie es vor der Pfandbestellung dem Eigentümer zustand. Dieses alte Verfügungsrecht bestand aber darin, daß das Grundstück an der Stelle und in der Höhe der nunmehr erloschenen Forderung vom Eigentümer damals belastet werden konnte. Um ihm dieses gleiche Verfügungsrecht wieder zu beschaffen, dazu ist — gegenüber später eingetragenen Rechten — der Fortbestand der urkundlichen Form des materiell ein für allemal erloschenen Pfandrechts zu entsprechender anderweiter Verfügung des Eigentümers geboten und verwendbar. Das, was von der Hypothek nach deren materieller Erledigung zurückgeblieben ist, ist ihre Erscheinungsform in Gestalt der Urkunde des Grundbucheintrages und des diesen bestätigenden Hypothekenbriefes. Diese Form braucht nicht ebenfalls, wie das erloschene Pfandrecht, der Vernichtung anheimzufallen. Sie kann und muß sogar aufrecht erhalten und weiter verwendet werden, um sie mit einem Inhalte auszufüllen, welcher der durch den Wegfall der Hypothek geschaffenen neuen Sachlage entspricht, zu deren Wahrung und Kenntlichmachung er weiterhin zu dienen hat. Diese neue Rechtslage besteht darin, daß der Eigentümer sein Recht wiedererlangt hat, über seinen Grundbesitz in der gleichen Weise zu verfügen und ihn in gleicher Höhe an derselben Rangstelle pfandrechtlich zu belasten, wie er hierzu bei Bestellung der jetzt erloschenen Hypothek das Recht und die Möglichkeit hatte.

Dieser Gedankengang, der sich aus dem Begriff des Eigentumsrechtes ergibt, hätte schon unter der Herrschaft

des gemeinen Rechtes und des allgemeinen Landrechtes ohne besondern Zwang und gekünstelte Gesetzgebungsmaßnahmen durch wissenschaftliche Deduktion zu einer Rechtsprechung führen können und müssen, wonach eine nicht gelöschte, aber erloschene Hypothek nur das äußere Merkzeichen für den Wiedereintritt des entsprechenden Verfügungsrechtes des Grundstückseigentümers darstellt, und wonach demgemäß diesem die Disposition über die Grundbuchstelle sowie ein etwaiger Erlösanteil aus dem Grundstück zu belassen ist. Was einer solchen naheliegenden Rechtsprechung im Wege stand, war das Festhalten an dem Begriffe des Pfandrechtes als eines Rechtes an der ganzen unteilbaren Sache, deren Freiwerden von einer früheren Belastung das Aufrücken der späteren Berechtigungen zur Folge haben müsse. So richtig dieser Rechtsgedanke an sich erscheint, so einseitig ist er doch, weil er nur die Pfandrechte ins Auge faßt, ohne zu bedenken, daß das Pfandrecht doch nur ein aus dem Eigentumsrecht erflossenes, abgeleitetes Recht ist, welches nur während seines Bestehens die Verfügungsgewalt des Eigentümers der Pfandsache einschränkt, aber durch seinen Wegfall wieder aufleben läßt. Man hat bisher immer nur gefragt: Was wird aus der getilgten Hypothek, welche im Grundbuche und im unkassierten Hypothekenbriefe noch fortbesteht, solange sie nicht gelöscht ist? Statt dessen hätte man zuerst oder wenigstens gleichzeitig fragen müssen: Was wird aus dem belastet gewesenen und nun entlasteten Eigentumsrecht? Denn dieses ist doch der Wurzelboden für das Pfandrecht. Bei der zweiten Fragestellung würde man ohne weiteres auf den naheliegenden Gedanken verfallen sein, daß das entlastete Eigentum von selbst wieder dem Eigentümer zur Verfügung stehe wie vor der Belastung. Kein Mensch würde hierbei auf den Gedanken verfallen sein, dem nacheingetragenen Hypothekengläubiger ein Aufrücken in den Rang der getilgten Hypothek zu gestatten, womit er bei Eintragung seiner Hypothek garnicht

rechnen konnte und nicht gerechnet hat. Der später eingetragene Gläubiger darf billigerweise nicht in Rechte gelangen, die ihm von der andern Seite bei der Hypothekenbestellung nicht zugesichert worden sind und werden konnten, weil die betreffende Rangstelle schon anderweit besetzt war. Nur eine ausdrückliche eventuelle Zusage der Löschung der Vorhypothek oder die tatsächliche spätere Löschung kann das Prinzip des Aufrückens der Nachhypothekare sowie der Unteilbarkeit des Pfandrechtes zur Geltung bringen. Es mag mit der schwachen Entwicklung des Grundkredits im alten römischen Rechte zusammenhängen, daß man die Unbilligkeit gegen den Grundstückseigentümer nicht schon früher erkannt hat, wie sie bei einseitiger Handhabung des Grundsatzes vom Aufrücken der jüngeren Hypotheken in den Rang der getilgten älteren Pfandrechte obwalten würde. Wären diese Härten und Unbilligkeiten früher und häufiger zutage getreten, so würde man sich wahrscheinlich in der Rechtsprechung und Wissenschaft früher darauf besonnen haben, daß das Pfandrecht ja nur ein vom Eigentumsrechte abgeleitetes Recht ist, welches seinen Inhalt und seine Wirkung nur dem Verfügungsrechte des Grundstückseigentümers verdankt und demnach grundsätzlich nicht mehr Ausdehnung beanspruchen kann, als ihm bei der Bestellung eingeräumt worden ist. Auch der Grundsatz der Haftung des gesamten ungeteilten Eigentums sowie der daraus sich ergebenden Aufrückung kann doch nur dann Platz greifen, wenn der Eigentümer durch Löschung der getilgten Hypothek seinen Willen kundgibt, zugunsten der späteren Hypothekengläubiger auf sein bezügliches, wieder aufgelebtes Verfügungsrecht zu verzichten.

Nach dem Gesagten ist die nicht zur Entstehung gelangte sowie die untergegangene Hypothek überhaupt keine Hypothek mehr. Die durch sie im Grundbuche dargestellte Eigentumsbeschränkung ist materiell tatsächlich verschwunden, so daß der Eigentümer wieder in gleicher

Weise und in gleicher Höhe über sein Grundstück verfügen kann, wie er es bei Bestellung der nunmehr erloschenen Hypothek getan hat. Das was von der Hypothek zurückgeblieben ist, ist nur deren ehemalige Erscheinungsform, das Gewand in dem sie sich zeigte, nämlich der Grundbuchseintrag und der Hypothekenbrief. Wenn man diese Form mit einem neuen Inhalt zugunsten des Eigentümers versieht, so entspricht das durchaus den rechtlichen Vorgängen und der nach Wegfall des Pfandrechtes entstandenen Rechtslage.

Es ist auch in dieser Verwendung der alten urkundlichen Form zur Kenntlichmachung der nunmehrigen Rechte des Eigentümers kein eigentlicher Widerspruch zu finden. Der Widerspruch wird nur dadursch scheinbar geschaffen, daß man aus der Bezeichnung des neuen Rechtsverhältnisses als „Eigentümerpfandrecht" einen begrifflichen Widersinn entstehen läßt, indem man damit scheinbar ein dingliches Sonderrecht an eigener Sache statuiert, welches ebenso unmöglich und mit dem umfassenden Eigentumsbegriff unvereinbar ist, wie die Zumutung, daß der Schuldner, auf den die Forderung übergeht, sein eigener Gläubiger sein soll.

§ 11.
Auseinandersetzung mit dem BGB. und den bisherigen Theorien.

Nach den Materialien zum BGB. sollte es Aufgabe der Wissenschaft und Praxis werden, den Begriff und das Wesen der Eigentümerhypothek zu ergründen und die positiven Rechtssätze zu einem System der Eigentümerhypothek auszubauen. Zu welchem gekünstelten und rechtlich unhaltbaren Gedankengängen diese Ergründungsversuche teilweise geführt haben, ist oben gezeigt worden. Besser wäre es gewesen, wenn der Gesetzgeber selber sich die klare, einfache Rechtslage vergegenwärtigt und danach das Gesetz formuliert hätte. Ein einziger Paragraph, wie

etwa der folgende, hätte genügt, alles Kopfzerbrechen über das Wesen der sogenannten Eigentümerhypothek zu vermeiden und vielleicht auch alle Sonderbestimmungen (materieller, nicht auch grundbuchlicher Bedeutung) überflüssig zu machen:

„Ist ein eingetragenes Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt oder wieder erloschen, so erlangt der Grundstückseigentümer das Recht wieder, über das Grundstück in gleicher Weise und Höhe zu verfügen, wie es bei Eintragung der Hypothek geschehen ist. Zu dieser Verfügung kann er sich des grundbuchlichen Eintrags über die erledigte Hypothek sowie des Hypothekenbriefes so bedienen, als wenn er an Stelle des bisherigen Hypothekengläubigers getreten wäre. Er kann insbesondere die alte Eintragung und den Hypothekenbrief dazu benutzen, mit ihnen ein neues Pfandrecht zugunsten eines Dritten oder eine Grundschuld für sich oder einen Dritten zu verbinden."

Alle näheren Bestimmungen gehören in die Grundbuchordnung.

Diese Bestimmung ist aber eben noch nicht Gesetz, sondern nur ein unmaßgeblicher Vorschlag zur gesetzlichen Klärung der rechtlichen Natur der sogen. Eigentümerhypothek. Wir müssen deshalb an die Frage herantreten, ob die tatsächlich geltenden Bestimmungen und die darüber aufgetauchten Meinungen der Wissenschaft und der Rechtsprechung mit der diesseitigen Auffassung des Rechtsverhältnisses etwa in einem unlösbaren Widerspruch stehen und ob wir demgemäß vorläufig uns der bisherigen, vielleicht anders gestalteten Rechtslage zu bequemen und unter den Theorien hierüber die glücklichste Lösung zu wählen haben.

Eins steht jedenfalls fest, daß das BGB. wenn es von der Hypothek spricht, die der Eigentümer erwirbt (§ 1163, I Satz 2, 1168) oder die dem Eigentümer zusteht (§ 1163, I, Satz 1 und II) oder die auf den Eigentümer übergeht (§ 1164) oder die sich in eine Grundschuld verwandelt

(§ 1177), an ein wirkliches materielles Recht denkt, welches dem Eigentümer zu teil wird und nicht etwa nur an die urkundliche Form der erloschenen Hypothek. Man wird auch ferner annehmen können, daß, weil immer von der Hypothek die Rede ist, der Gedanke an wieder freigewordenes Eigentum dem Gesetzgeber ferner gelegen haben wird, als die Auffassung von dem Fortbestehen eines gegen das Eigentum gerichteten Rechtes. Da jedoch die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch die ganze Frage nach der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek ausdrücklich der Wissenschaft und Rechtspflege vorbehalten, so erscheint es unbedenklich, den vermutlichen, aber nicht zum Gesetz erhobenen Gedanken des Gesetzgebers unberücksichtigt zu lassen und lediglich die Frage aufzuwerfen, ob die diesseitige Auffassung mit irgend einer positiven Vorschrift des BGB. in Widerspruch stehen könnte. Diese Frage ist aber unbedingt zu verneinen. Mit der oben vorgeschlagenen Zusammenfassung der tatsächlichen Rechtslage in eine einheitliche Bestimmung werden alle einschlägigen Verhältnisse in gleichem Sinne geregelt, wie es durch die Einzelbestimmungen des BGB. geschehen ist. Nur folgende Zweifel sind besonders zu behandeln:

1. Der Fall des § 1163 BGB., wonach eine Hypothek bis zur Uebergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger dem Eigentümer zusteht, ist ein Fall, wo die Hypothek noch nicht zur Entstehung gelangt ist. Zwar ist nach § 873 Abs. 1 die dingliche Belastung des Grundstücks beim Vorliegen von dinglicher Einigung und Eintragung im Grundbuch vollendet; aber zum Erwerb des Hypothekenrechtes durch den Gläubiger gehört noch die Begebung des Hypothekenbriefes (§ 1117). Demnach ist der Fall des § 1163 BGB. durch die vorgeschlagene Bestimmung gedeckt, wo von Fällen gesprochen wird, in denen ein eingetragenes Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt ist.

2. Der Fall des § 1169 BGB. betrifft zwar nur eine Einrede gegen die Geltendmachung der Hypothek, bestimmt aber als Folge dieser Einrede den Anspruch des Eigen-

tümers, daß der Gläubiger auf die Hypothek zu seinen Gunsten zu verzichten hat. Es handelt sich also hier um einen Fall des Erlöschens der Hypothek, welches allerdings erst auf dem Umwege eines eventuell noch zu erzwingenden Verzichtes des Gläubigers erzielt werden muß.

3. Aehnlich wie im Falle zu 2. ist die Rechtslage im Fall des § 1170, wonach die Hypothek vom Eigentümer erworben wird, nachdem er den unbekannten Gläubiger durch Ausschlußurteil seines Rechtes hat verlustig erklären lassen. Hier wird also auch auf einem Umwege erst das Erlöschen des Pfandrechtes festgestellt.

4. Eine Besonderheit bietet nur der Fall des § 1172 BGB., wo von der Nichtentstehung oder dem Erlöschen einer Gesamthypothek die Rede ist. Hier gilt zwar auch als Grundsatz, daß die Gesamthypothek den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zusteht, was dem allgemeinen Grundsatze des § 1163 (mut. mut.) entspricht und nichts gegen unsere Auffassung beweist. Eigenartig ist hier nur das Eine, daß jeder Grundstückseigentümer verlangen kann, daß die Hypothek für sein Grundstück auf einen nach dem Wertverhältnis der mehreren Grundstücke untereinanter zu bemessen den Teilbetrag beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird. so besteht nach unserer Auffassung gar kein Grund dafür, warum nicht jeder Eigentümer der belasteten Grundstücke in voller Höhe der Gesamthypothek die Verfügung über sein freigewordenes Eigentum wieder erlangen soll. Denn jeder Einzelne hatte seinerzeit sich seines entsprechenden Verfügungsrechtes begeben, als er die Gesamthypothek mit dem Bewußtsein auf seinem Grundbuchblatt eintragen ließ, daß der Gläubiger gegen jedes einzelne Grundstück die volle Summe sollte geltend machen können. Jeder Eigentümer war also trotz der Mithaft anderer Grundstücke zunächst und grundsätzlich in voller Höhe der Gesamthypothek in seinem Verfügungsrecht über sein Grundstück beschränkt. Mit dem Wegfall dieser Beschränkung müßte

ihm nach unserer Auffassung auch wieder das gleiche Verfügungsrecht kraft seines freigewordenen Eigentumsrechtes eingeräumt werden. Dem steht auch nicht im Wege, daß die Erscheinungsform der Gesamthypothek, nämlich der Hypothekenbrief, eine einheitliche Urkunde ist, an welcher nach Erlöschen der Hypothek sämtlichen beteiligten Grundstückseigentümern anteilige Rechte zustehen. Diesem formellen Hindernis einer gesonderten Weiterverfügung über die ganze Hypothekenpost seitens sämtlicherEigentümer könnte ohne Widerspruch mit dem Grundbuchrechte dadurch leicht abgeholfen werden, daß der Stammbrief dem Eigentümer des darin zuerst benannten Grundstückes überlassen bliebe, während für die andern Beteiligten beglaubigte Abschriften als formelle Grundlage der Weiterverfügung geschaffen würden, ähnlich wie bei der Teilung einer an mehrere abzutretenden gewöhnlichen Hypothek. Nun ist aber die positive Bestimmung des BGB. in § 1172 dahingehend, daß eine verhältnismäßige Verteilung der Hypothek oder des neuen Verfügungsrechts unter den beteiligten Eigentümern Platz zu greifen hat, sofern nicht anderes vereinbart wird. Die Zulässigkeit anderweiter Vereinbarungen, also auch eines Abkommens, wonach einem Grundstückseigentümer die ganze Post zur neuen Verfügung belassen wird, ändert nichts an der grundsätzlichen Stellungnahme des BGB., weshalb wir um die Frage nicht herumkommen, ob durch die grundsätzliche Vorschrift einer verhältnismäßigen Verteilung der Gesamthypothek nicht eine positive Bestimmung geschaffen worden ist, mit welcher unsere Auffassung derart kollidiert, daß sie die lege lata zu verwerfen wäre. Bei Beantwortung dieser Frage ist zunächst einmal wiederholt darauf hinzuweisen, daß nach ausdrücklicher Erklärung der Gesetzgebungskommission man bei Beratung des BGB. sich auf den Standpunkt gestellt hat, die Frage der juristischen Auffassung der Eigentümerhypothek nicht zu entscheiden, solche vielmehr der Wissenschaft und Rechtssprechung

zur Lösung zu überlassen. So wichtig diese Stellungnahme für unsere Erörterung auch sein mag, so kann sie allein natürlich über das aufgeworfene Bedenken nicht hinweghelfen. Sie kann und muß aber insofern mit ins Gewicht fallen, als wir daraus entnehmen können, daß man bei Schaffung des § 1172 garnicht an die Möglichkeit gedacht hat, die alte Streitfrage überhaupt zu berühren, ob die Eigentümerhypothek als selbständiges Recht des Eigentümers an eigener Sache oder als freigewordenes Eigentum aufzufassen sei. Man hat eben, entsprechend dem Rechte des Gläubigers, die Gesamthypothek in Einzelhypotheken auf die verschiedenen Grundstücke nach den verhältnismäßigen Werten zu verteilen, auch den Eigentümern nach Erlöschen der Gesamthypothek ein gleiches Verteilungsrecht eingeräumt, bezw. eine Pflicht hierzu auferlegt. Hierdurch ist zwar gegenüber unserer Auffassung eine Anomalie geschaffen worden, die als solche unumwunden anerkannt werden muß, aber auch ruhig bestehen kann, ohne daß darum die Richtigkeit unseres Standpunktes irgendwie erschüttert zu werden braucht. Wie wenig der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 1172 an eine Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung der Eigentümerhypothek gedacht hat, geht überdies auch aus der Bestimmung hervor, daß die beteiligten Eigentümer auch eine andere Vereinbarung über die Verteilung der Post oder des neuen Verfügungsrechtes treffen können, als die aus dem Verhältnis der Grundstückswerte sich ergebende Verteilung. Nach dem Gesagten haben wir in der Bestimmung § 1172 zwar keine, die Frage nach der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek lösende Vorschrift zu erblicken, wohl aber eine solche, die mit unserer Auffassung nicht in Einklang zu bringen ist. Darum braucht die letztere indes ebensowenig als gesetzwidrig zu gelten wie aus dem Grunde, weil das BGB. auch an andern Stellen mit dem Ausdruck „Hypothek“ weiter operiert uud die Hypothek durch den Grundstückseigentümer erwerben läßt, obwohl an der er-

loschenen Hypothek nichts zu erwerben ist, als die inhaltslose Schale, die erst infolge des wiederauflebenden Verfügungsrechts des Eigentümers mit neuem Inhalt erfüllt werden muß.

5. Einige Bemerkungen sind noch über das Verhältnis der Eigentümerhypothek zur Eigentümergrundschuld zu machen. Wir hatten schon wiederholt Gelegenheit andeutungsweise zu erklären, daß die Eigentümerhypothek inhaltlich der Eigentümergrundschuld vollkommen gleich steht und daß daher nur eine unglückliche begriffliche Ableitung zu einer Auseinanderhaltung beider Rechtsgebilde führen konnte. Mit dieser Scheidung ist natürlich, solange sie Gesetz ist, insofern zu rechnen, als der Formalismus des Grundbuches über die gesetzlichen Vorschriften nicht hinwegkommen kann, vielmehr die Parteien zwingt, sich die gesetzlich eingeführten Unterschiede der Bezeichnung je nach Lage des Falles zu eigen zu machen, damit sie nicht Ablehnung ihrer Anträge ausgesetzt sind. Daß diese für den Laien ganz unmögliche und auch dem Juristen nicht immer gegenwärtige Unterscheidung zwischen den Fällen einer abgeleiteten Eigentümergrundschuld und einer Eigentümerhypothek eine verkehrsfeindliche Fehlerquelle darstellt, unterliegt keinem Zweifel. Man sollte deshalb, wenn man sich von der inhaltlichen Gleichbedeutung der Eigentümergrundschuld und der sogenannten Eigentümerhypothek überzeugt hat, sobald wie möglich eine gesetzliche Bestimmung erlassen, wonach in allen Fällen der Erledigung einer Hypothek der Heimfall des entsprechenden Verfügungsrechtes des Eigentümers als Eigentümergrundschuld zu bezeichnen ist.

Nun bliebe nur noch die rechtliche Natur der originär entsandenen Eigentümergrundschuld zu besprechen. Wenn die aus einer Hypothekeneintragung hervorgegangene Eigentümergrundschuld (alias Eigentümerhypothek) nach unserer Auffassung sich lediglich als wieder freigewordenes Verfügungsrecht des Grundstückseigentümers darstellt, so

kann die originär entstandene Eigentümergrundschuld nichts anderes sein, als die grundbuchliche Festlegung des vom Eigentümer sich selbt vorbehaltenen Verfügungsrechtes über sein Eigentum gegenüber etwaigen später einzutragenden Beschränkungen zugunsten Dritter. Auch die originäre Eigentümergrundschuld ist kein Sonderrecht des Eigentümers an eigener Sache, also kein gegen das Eigentum sich richtendes, dieses beschränkendes selbstständiges Recht, sondern nur die urkundliche Kenntlichmachung einer noch nicht anderweitvergebenen bezw. beschränkten Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers über sein Eigentum. Mit dieser Auffassung steht auch nicht die gesetzliche Bestimmung über die originäre Eigentümergrundschuld in Widerspruch. § 1191 BGB. sagt:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (Grundschuld)"

und § 1196 BGB. bestimmt, daß

„eine Grundschuld auch für den Eigentümer bestellt werden kann."

Letzteres bedeutet also, daß das Grundstück auch in der Weise belastet werden kann, daß an den Eigentümer eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Nun kann aber nach § 1197 der Eigentümer als „Gläubiger" der Grundschuld die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung nicht betreiben. Damit aber ist ihm die Möglichkeit genommen, den einzigen gesetzlichen Zweck der Belastung, daß an ihn eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist, jemals selbst zur Erfüllung zu bringen. Deutlicher konnte der Gesetzgeber bei dem nun einmal von ihm eingenommenen unklaren Standpunkte nicht zum Ausdruck bringen, daß die Eigentümergrundschuld überhaupt kein selbständiges, gegen das Eigentum sich richtendes Sonderrecht an eigener Sache ist, was ja auch einen begrifflichen Widersinn enthalten würde. Vielmehr ist hiernach — trotzdem der Eigen-

tümer als Gläubiger der Grundschuld bezeichnet wird, — ganz offensichtlich, daß es sich lediglich um eine urkundliche Feststellung der Tatsache handelt, daß der Eigentümer den durch die Grundschuld bezeichneten Teilinhalt seines allgemeinen Verfügungsrechtes noch nicht anderweit vergeben bezw. zugunsten Dritter einer Beschränkung unterworfen hat.

Ueber das Verhältnis unseres Standpunktes zu den oben besprochenen Theorien braucht nicht mehr viel gesagt zu werden. Die Widerlegung aller derjenigen Ansichten, die offen oder versteckt und mit künstlichen Konstruktionen ein Weiterbestehen des Pfandrechtes, mit oder ohne Fortbestand der persönlichen Forderung, in der Hand des Grundstückseigentümers zu beweisen versuchen, ist bereits in der Begründung unserer Auffassung zur Genüge zu finden. Nur einige Worte sind noch nötig, um der Meinung zu begegnen, daß unsere Auffassung sich mit denjenigen Theorien decke, welche gleichfalls von einem zurückgewonnenen, wieder freigewordenen Eigentumsrechte als dem Inhalt und Kern der Eigentümerhypothek sprechen. Aber allen diesen Darlegungen haftet doch die Vorstellung an, daß die erloschene Hypothek Spuren eines materiellen, vom Eigentumsrechte abgesonderten Rechtes zurückgelassen habe und daß daher eine Gegenüberstellung des allgemeinen Eigentumsrechtes und einer besonders ausgeprägten Eigentumsbefugnis geboten sei, um das Wesen der Eigentümerhypothek zu erfassen. Diese angebliche Sonderbefugnis wird von *Wolff* als „Eigentumssplitter" als „verselbständigtes Recht an eigener Sache" bezeichnet. *Endemann* spricht von einem objektivierten Stück des Eigentumsrechtes, von einem, vom Eigentum verschiedenen, nach Umfang und Rang selbständigen vermögensgegenstand. *Gierke* sieht das Eigentümerpfandrecht von der subjektiven Seite als Eigentumsbestandteil, von der objektiven als begrenztes dingliches Recht an. *Krückmann* legt den vom Eigentümer zurückgewonnenen

Eigentumsbefugnissen pfandrechtliche Eigentümlichkeit bei, welche sich aber trotzdem nicht unter die Vorstellung eines Rechtes an fremder Sache bringen ließen. *Güthe* und *Oberneck* stellen den Grundsatz der festen Stellen auf, die durch die Belastungen des Grundstücks geschaffen würden und auch beim Uebergang auf den Eigentümer des Grundstücks eine selbständige materiellrechtliche Bedeutung gegenüber dem Eigentum und den Fremdbelastungen behielten, wenngleich die Eigentümerhypothek inhaltlich nichts anderes als freigewordenes Eigentum sei. *Güthe* begründet diese Ansicht mit dem wenig zutreffenden Bilde von der Rangsäule, während *Oberneck* zu seiner Wertteiltheorie gelangt, wonach der Rückfall einer Hypothek an den Eigentümer sich als Wiedererwerb des freien Eigentums an einem bestimmten Wertteil des Grundstückes darstellt. *Bruck* endlich sucht die Pfandunteilbarkeit dadurch zu retten, daß er eine ideelle Wertteilung des Eigentums in den Belastungen erblickt und demnach die Eigentümerhypothek als Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils des Grundstückes ansieht. Ueberall waltet also die Vorstellung ob, als laufe bei der sogen. Eigentümerhypothek neben dem zurückgewonnenen belastungsfreien Eigentum noch irgend etwas Besonderes an Berechtigung einher, welches dem Eigentümer als Sondervorteil neben seinem freien Eigentum zu teil werde. Diese nach unserer Auffassung unhaltbare Vorstellung ist nur dadurch zu erklären, daß die verschiedenen Gesetzgeber seit den ersten Anläufen zur Schaffung der Eigentümerhypothek immer von der falschen Fragestellung beherrscht werden, was aus der erloschenen, aber nicht gelöschten Hypothek werden soll, ohne zunächst zu fragen, was nach dem Untergang der Hypothek aus dem Eigentumsrechte des Grundbesitzers geworden ist. Daher ist überall — bei den Gesetzgebern sowohl wie bei den Gesetzesinterpreten — das Bemühen im Vordergrunde stehend, der toten Hypothek eine Existenzmöglichkeit auch in der Hand des Eigentümers zu ver-

schaffen, der doch begrifflich gar kein Sonderrecht an eigener Sache neben seinem Eigentumsrechte haben kann.

IV. Schlußbetrachtung.

§ 12.

Die Lösung der Streitfrage.

Wenn die in Abschnitt III formulierte Bestimmung Gesetz wäre, so würden sich alle Fälle, in denen einem Hypothekeneintrag aus irgend welchem Gründen überhaupt nicht oder noch nicht oder nicht mehr als Pfandrecht zugrunde liegt, glatt dahin erledigen, daß der Grundstückseigentümer zunächst als Inhaber einer Grundschuld anzusehen sein würde und als solcher über die Grundbuchpost und den Hypothekenbrief verfügen könnte. Er könnte dann die Hypothekenpost

a) entweder löschen,
b) oder als Grundschuld für sich selbst umschreiben lassen,
c) oder an einen Dritten als Hypothek oder Grundschuld abtreten.

Von diesem Rechte des Eigentümers gäbe es nur eine Ausnahme, nämlich wenn die Hypothekeneintragung ohne seinen Willen, also entweder durch einen Irrtum des Gerichts oder infolge Willenlosigkeit seiner selbst in das Grundbuch gelangt ist. Denn in diesen Fällen ist nicht eine gültige Verfügung vom Eigentümer getroffen worden, da die im Grundbuch erscheinende Belastung überhaupt nicht von ihm gewollt ist. Deshalb kann beim Offenbarwerden der Unrichtigkeit des Grundbuchs auch nicht davon die Rede sein, daß der Eigentümer oder sein gesetzlicher Vertreter ein früher vergebenes und nunmehr wiedererlangtes Verfügungsrecht von neuem ausnutzen könnte. In diesen Fällen ist vielmehr sowohl das eingetragene Pfandrecht, wie auch dessen Erscheinungsform (Grundbucheintrag und Hypothekenbrief) vom Ei-

gentümer nicht gewollt und deshalb auch die letztere nicht mehr zur Ausfüllung mit neuem Rechtsinhalte verwendbar.

In allen anderen Fällen des Fehlens einer dinglichen Einigung, wie bei einseitiger Bewilligung der Eintragung seitens des Eigentümers ohne Einigung mit dem Gläubiger oder bei Zustimmung des letzteren, während er handlungsunfähig war, handelt es sich um Verfügungen des Eigentümers, die von ihm gewollt sind und die, wenn sie mangels Zustimmung des andern Teiles ihren Zweck nicht erreichen, zwar als solche wirkungslos bleiben, aber darum nicht ausschließen, daß die ihnen verliehenen Ausdrucksformen mit neuem entsprechenden Willensinhalt ausgefüllt werden.

Diese Lösung der Streitfrage könnte als eine solche de lege ferenda erscheinen, weil die oben formulierte Bestimmung, die deduziert wurde, noch nicht Gesetz, sondern nur ein unmaßgeblicher Vorschlag ist. Dieser Vorschlag ist indes nur gemacht worden um zu zeigen, wie die gesamte Materie der Eigentümerhypothek ohne Widerspruch mit den Grundlagen des Rechtssystems und ohne den Geist und materiellen Inhalt der bisherigen Vorschriften zu verändern, unter einen Hut gebracht werden kann. Die formulierte Bestimmung ist, auch ohne daß sie Gesetz wird, ein hinreichend klarer Ausdruck für die in dieser Schrift vertretene Auffassung über das eigentliche Wesen und die rechtliche Wurzel der sogenannten Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld. Sie ist deshalb auch auf alle diejenigen Fälle anwendbar, die in den bebereits geltenden gesetzlichen Vorschriften keine Regelung erfahren haben. Voraussetzung ist dabei nur, daß unsere Auffassung nicht mit den letzeren in Widerspruch gerät. Dieses ist aber vollständig ausgeschlossen, da alles was das Gesetz über die Eigentümerhypothek und Grundschuld bestimmt, sich inhaltlich mit unserer Auffassung deckt, so sehr es auch hinsichtlich der wörtlichen und begrifflichen Unklarheit bekämpft werden mußte. Das tritt auch da-

durch klar zu Tage, daß man die Lösung unserer im Gesetz nicht behandelten Streitfrage bisher hauptsächlich durch Analogieschlüsse aus den geltenden Bestimmungen über die Eigentümerhypothek zu finden trachtete und daß man dabei die wirtschaftlichen und Verkehrsbedürfnisse mit heranzog, welche im Sinne jener Bestimmungen zu ihrer analogen Anwendung auf unsere Streitfrage hindrängen. Man übersah dabei nur, daß jene Bestimmungen, wie sie nun einmal wörtlich und begrifflich gefaßt sind, eine so ungeheure Anomalie, einen solchen Widerspruch in sich selbst darstellen, daß man aus derartigen Bewegungen des Gesetzgebers außerhalb des Rahmens unseres Rechtssystems schwerlich eine Tendenz, eine zielbewußte klare Richtlinie machen kann, wie sie nötig sein würde, um für die Lösung ungeregelter Streitfragen durch Analogieschlüsse Handhaben zu gewinnen.

So wünschenswert nach dem Gesagten es sein würde, wenn das lang genug in Wissenschaft und Praxis umstrittene Gebiet der rechtlichen Beurteilung des Wesens der Eigentümerhypothek eine gesetzliche Klärung erführe, so würde doch auch ohne solche Regelung beim Durchdringen der hier verfochtenen Meinung genügende Klarheit über die künftige Behandlung der Rechtsfrage und aller mit ihr zusammenhängender Streitfälle gewonnen werden. Sollte dieses Ziel erreicht werden, so ist die Arbeit nicht vergeblich gewesen.

Lebenslauf.

Ich bin am 22. März 1900 als Sohn des Fabrikanten *Heinrich Hemer* und seiner Ehefrau *Marie* geb. *Nitsche* in Luckenwalde geboren. Von Ostern 1906 an besuchte ich das Luisenstädtische Gymnasium in Berlin, trat später zum Friedrichs Realgymnasium über und legte dort im Jahre 1918 meine Reifeprüfung ab. Vom Juni bis November 1918 war ich im Heeresdienst. Im Anschluß hieran studierte ich in Berlin und Marburg Rechtswissenschaft. Am 3. März 1923 bestand ich vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts Kassel die erste juristische Prüfung.

Meinen Vorbereitungsdienst nahm ich bei den Berliner Gerichten wahr. Ich unterbrach ihn 1924 auf ein Jahr, um mich zur Unterstützung meines Vaters in dessen Fabrik kaufmännisch zu betätigen.

Die große juristische Staatsprüfung bestand ich am 23. November 1927 vor dem Landesprüfungsamt des preußischen Justizministeriums Berlin. Bis zum 1. April 1928 war ich alsdann beim Amtsgericht Charlottenburg als Hilfsrichter tätig. Von der Zeit ab bin ich als juristischer Hilfsarbeiter bei der Deutschen Rentenbank und Deutschen Rentenbank Kreditanstalt beschäftigt.

Am 24. Juni 1929 bestand ich in Marburg meine mündliche Doktorprüfung.